

Das französische, belgische und luxemburgische
E h e s c h l i e s s u n g s r e c h t
in kritischer und rechtsvergleichender Betrachtung
zum deutschen Eheschliessungsrecht.

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

von

Marcus-Michael L u t t e r

Gerichtsreferendar aus Pirmasens

Dekan: Prof. Dr. W ü r t t e m b e r g e r

Referent: Prof. Dr. Horst M ü l l e r

Korreferent: Prof. Dr. Ernst v. C a e m m e r e r

Tag der mündlichen Prüfung: 26. 7. 1957

Meinen lieben Eltern
in aufrichtiger und herzlicher
Dankbarkeit



Literaturverzeichnis.

Die Unterstreichungen verdeutlichen die im Text verwendeten Abkürzungen für die einzelnen Werke.

A. Französische, belgische und luxemburgische Autoren.

- 1) Arminjon-Nolde-Wolff "Traité de droit comparé", Paris 1950 ff.
- 2) Aubry, Rau et Bartin "Cours de droit civil français", Band I, Paris 1936.
- 3) Aubry, Rau et Esmein "Droit civil français", 6. von Paul Esmein besorgte Ausgabe des VII. Bandes, Paris 1948.
- 4) Balbigny André "Problemes du mariage et de la famille" Paris 1952.
- 5) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade "Traité théorique et pratique de droit civil", 3. Aufl. Band III (des personnes), Paris 1908.
- 6) Baudry-Lacantinerie et P. Guyot "Précis de droit civil" Band I, Paris 1916.
- 7) Beltjens Gustav "Code civil", annoté d'après les principes juridiques, la doctrine des auteurs belges et français, reproduite ou analysée, les décisions des tribunaux de 1814-1904, 3. Aufl., Bände I und II, Brüssel 1905.
- 8) Benacerraf José Carciente "Délai de viduité en droit comparé", Paris 1954.
- 9) Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Battifol "Cours de droit civil", 2. Aufl., Band II (l'état et la capacité des personnes), Paris 1936.
- 10) Bonnecase Julien "Précis de droit civil", 2. Aufl. Band I, Paris 1938.
- 11) Charpentier "Traité théorique et pratique du divorce", Band II, Paris o.J.
- 12) Cangardel Louis "Le consentement des époux en mariage" Paris 1934.
- 13) Colin, Capitant et de la Morandière "Cours élémentaires de droit civil français", 11. Aufl. Paris 1947.
- 14) Colin, Capitant et de la Morandière "Traité de droit civil" Band I (Personnes et famille, biens), Paris 1953.
(in den Anmerkungen wurde dieses Werk nicht aufgeführt da es dieselben Ansichten und Begründungen wiedergibt wie das unter 12) aufgeführte Werk der gleichen Verfasser)

- 15) Les grands arrêts de la jurisprudence, zusammengestellt und herausgegeben von Capitiant und J. de la Morandière, 3.Aufl.Paris 1950.
- 16) Coste-Floret Alfred "La nature juridique du mariage" Paris 1935.
- 17) Delprat Etienne "Les formalités civiles du mariage en droit comparé et en droit international modernes", thèse, Toulouse 1907.
- 18) Demolombe "Traité du mariage et de la séparation de corps", Band III des Gesamtwerkes (Cours de Code Napoléons"), Paris 1881.
- 19) Duguit "L'état, le droit objectif et la loi positiv" Paris o.J.
- 20) Fenet "Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil" in 15 Bänden, Paris 1836 ff.
- 21) Fuzier-Herman et Demogue "Code civil annoté", Paris 1935.
- 22) de Glas "Code civil pratique", Bände I und II, Malines 1930.
- 23) Hauriou Maurice "Principes de droit public", 2. Aufl. Paris 1930.
- 24) Huc Théophile "Commentaire théorique et pratique du Code civil", Bände I-III, Paris 1892.
- 25) Josserand Louis "Cours de droit civil positif français", 3.Aufl.Paris 1938.
- 26) Laurent "Principes de droit civil français", Bände I-III, 3.Aufl.Paris und Brüssel 1878.
- 27) Loché "La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des Codes français", Bände I-XXXI, Paris 1827-1832.
- 28) Loyer Jules "Les actes inexistants", thèse, Paris 1908.
- 29) de la Morandière Julliot "Précis de droit civil", 9.Aufl.Paris 1947.
- 30) De Page Henri "Traité élémentaire de droit civil belge", 2.Aufl. in 3 Bänden, Brüssel 1939 ff.
- 31) Planiol, Ripert et Savatier "Traité pratique de droit civil français", 2.von René Savatier besorgte Ausgabe des I.Bandes (les personnes), Paris 1952.
- 32) Planiol, Ripert et Rouast "Traité pratique de droit civil français", 2.von André Rouast besorgte Ausgabe des II.Bandes (la famille), Paris 1952.

- 33) Planiol, Ripert et Esmein "Traité pratique de droit civil français", 2.von Paul Esmein besorgte Ausgabe des VII.Bandes, Paris 1953.
- 34) Planiol, Ripert et Boulanger "Traité élémentaire de droit civil", 5.von Georges Ripert und Jean Boulanger besorgte Ausgabe des I.Bandes, Paris 1950.
- 35) Pothier "Traité du contrat de mariage", Paris 1768.
- 36) Roguin Ernest "Traité de droit civil comparé (le mariage)", Paris 1904.
- 37) Savatier René "Cours de droit civil", Bände I-III, Paris 1947-1951.
- 38) Thiry Clément "Mariage et contrat de mariage", Gand 1916.
- 39) Toullier "Le droit civil français suivant l'ordre du Code", 3.Aufl.Brüssel 1820 ff.
- 40) Travaux de la Commission de réform du Code civil (Protokolle), Jahrgang 1946/47, Paris 1948.
- 41) Voirin "Manuel de droit civil", 5.Aufl.Paris 1946.

B. Deutsche Autoren.

1) Kommentare:

- 42) Achilles-Greifff-Beitzke, "Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen", 19.Aufl.Berlin 1949.
- 43) Arnold "Angewandte Gleichberechtigung im Familienrecht", Kommentar, Berlin und Frankfurt a.M. 1954.
- 44) Auert "Das großdeutsche Eherecht", 2.Aufl. Berlin 1939
- 45) Brandis-Maßfeller "Das gesamte Personenstandsrecht", Kommentar, Frankfurt a.M.1952.
- 46) Emig "Kommentar zum Personenstandsgesetz", 2.Aufl., München und Berlin 1938.
- 47) Erman-Hefermehl "Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch", Münster 1952.
- 48) Gerold "Kommentar zum Ehegesetz von 1946", Stuttgart und Köln 1950.
- 49) v.Godin "Kommentar zum Ehegesetz von 1946", 1.Aufl. Berlin 1947 und 2.Aufl.Berlin 1950.
- 50) Heinsheimer-Wolff, "Die Zivilgesetze der Gegenwart", Band I Frankreich (Code civil), bearbeitet u.a. von Heinsheimer, Wolff und Titze, Mannheim, Berlin und Leipzig 1932.

- 51) Hoffmann-Stephan "Kommentar zum Ehegesetz von 1946", München und Berlin 1950.
- 52) Huth "Kommentar zum Ehegesetz von 1946", Berlin o.J.
- 53) Keidel "Freiwillige Gerichtsbarkeit", Kommentar zum Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit und ähnliche Gesetze, 6.Aufl. München und Berlin 1954.
- 54) Maßfeller "Das großdeutsche Eherecht", Kommentar zum Ehegesetz von 1938, 2.Aufl. Berlin 1939.
- 55) Michaelis Helmut "Das neue Ehegesetz", Kommentar zum Ehegesetz von 1946, Berlin 1947.
- 56) Niesert-Lepsien "Ehegesetz von 1946", Münster 1949
- 57) Palandt "Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Nebengesetzen", 9.Aufl. 1951 und 14.Aufl. München und Berlin 1955.
- 58) Kommentar der Reichsgerichtsräte (RGRKomm.) zum bürgerlichen Gesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 8. Aufl. Berlin und Leipzig 1935, 9.Aufl. Berlin und Leipzig 1939-1941 und 10.Aufl. Berlin 1953 ff.
- 59) Rosenthal "Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch", 14.Aufl. Berlin und Köln 1953.
- 60) v. Scanzoni "Das großdeutsche Ehegesetz", Kommentar zum Ehegesetz von 1938, München und Berlin 1938.
- 61) Siebert-Vogel "Familienrecht", Kommentar zum Familienrecht und Ehegesetz von 1946, Sonderdruck aus Soergels Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch 8.Aufl., Stuttgart und Köln 1955.
- 62) Soergel "Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch", 6.Aufl. Stuttgart, Leipzig und Berlin 1937 und 8.Aufl. Stuttgart und Köln 1952.
- 63) Staudinger "Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch", 9.Aufl. München, Berlin und Leipzig 1926 und 10.Aufl. 1936.
- 64) Volkmar, Antoni, Ficker, Rexroth und Anz "Großdeutsches Eherecht", Kommentar zum Ehegesetz von 1938, München und Berlin 1938.

2) Lehrbücher, Monographien und sonstige Werke

- 65) Bauer Fritz "die Eheanfechtungsgründe des deutschen bürgerlichen Rechts", DiSSERTATION Erlangen 1937.

- 66) Beitzke Günther "Lehrbuch des Familienrechts", 5. Aufl. Berlin und München 1956.
- 67) Bergmann Alexander "Internationales Ehe- und Kind-schaftsrecht", Band I (europäische Staaten), 3. Aufl. Frankfurt a.M. 1952.
- 68) Beth Marianne "Neues Eherecht", Wien und Leipzig 1925.
- 69) Boehmer Gustav, "Einführung in das bürgerliche Recht", Tübingen 1954.
- 70) Boehmer Gustav, "Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung", Bände I und II, Tübingen 1950 ff.
- 71) Bosch F.W., "Familienrechtsreform", Siegburg 1952
- 72) Bosch F.W., "Neue Rechtsordnung in Ehe und Familie Siegburg 1954.
- 73) Boschan Siegfried "Europäisches Familienrecht", 2. Aufl. Berlin und Frankfurt a.M. 1954.
- 74) Curti Arthur "Frankreichs Privat- und Handels-recht", Band I, Berlin 1934.
- 75) Deuchler Werner "Eheschliessung von Abwesenden", Berlin 1942
- 76) Dirr Max "Die Anfechtbarkeit der Ehe nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch", Dissertat-ion Leipzig 1931.
- 77) Dombois Hans Adolf und Schumann Friedrich Karl "Familienrechtsreform", Dokumente und Abhand-lungen, Witten/Ruhr 1955.
- 78) Endemann "Lehrbuch des bürgerlichen Rechts", Fami-lienrecht, Berlin 1908.
- 79) Enneccerus-Kipp-Wolff, "Lehrbuch des bürgerlichen Rechts", Band IV (Familienrecht), 7. Bearbei-tung, Marburg 1931.
- 80) Feldmann-Franqué-Hamelbeck "Bürgerliches Recht - Familienrecht", Kurzlehrbuch, Essen 1948.
- 81) Förtsch "Der Code civil und das bürgerliche Ge-setzbuch", 2. Aufl. Berlin 1899.
- 82) Fösel Ernst "Das Ebehindernis der Blutsverwandt-schaft und Schwägerschaft", Dissertation Er-langen 1932.
- 83) Greffin-Moral "Das Eherecht", Berlin und Buxtehude 1948.
- 84) Henle Rudolf "Nicht-Ehe", ein Beitrag zu den Grund-begriffen des deutschen bürgerlichen Ehe-rechts, Stuttgart 1915,
- 85) "Das Internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs in vergleichender Darstellung", herausgegeben von der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Paris 1954 und Tübingen 1955.

- 86) Jessen Wulf Jürgen "Der Ehekonsens im deutschen, französischen und englischen Recht und im internationalen Privatrecht dieser Rechtsgebiete", Dissertation Hamburg 1933.
- 87) Keller Hans "Das Einspruchsrecht gegen die Eheschließung im französischen, schweizerischen und deutschen Recht" Dissertation Heidelberg 1927.
- 88) Krümer Philipp "Die elterliche Einwilligung zur Eheschließung der Kinder", eine rechtsvergleichende Darstellung des deutschen, französischen und englischen Rechtes, Dissertation Heidelberg 1928.
- 89) Lange Heinrich "Fragen des Eheschließungsrechtes" in ArchZivPr. Band 145 S.129 ff.
- 90) Lehmann Heinrich "Lehrbuch des Familienrechtes", 2. Aufl. Berlin 1948.
- 91) Maßfeller Franz "Das neue Familienrecht". Gesetzentwurf (der Bundesregierung) über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts und über die Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete des Familienrechtes. Frankfurt und Berlin 1952, mit einem Nachtrag vom 30.3.1953 (Stellungnahme des Bundesrates)
- 92) Mitteis "Bürgerliches Recht - Familienrecht", Lehrbuch, 3.Aufl. Berlin 1931 (Band X der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, begründet von v.Liszt).
- 93) Mugdan "Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch", Berlin 1899.
- 94) Peters Ernst "Das neue Eherecht", Textausgabe des Gesetzes, der Verordnungen und der amtlichen Begründung, Frankfurt a.M.1950.
- 95) "Rechtsvergleichendes Handwörterbuch", herausgegeben u.a. von Franz Schlegelberger, Band II, Berlin 1929.
- 96) Titze Heinrich "Vom sogenannten Motivirrtum", Sonderdruck aus der Festschrift für Ernst Heymann, Darmstadt 1954.
- 97) Vogel Erich "Das Ehehindernis des Ehebruchs", eine rechtsvergleichende Arbeit, Dissertation Heidelberg 1928.
- 98) Voraß Walter "Die formwidrige Ehe", Dissertation Rostock 1930.

C. Schweizer Autoren:

- 99) Horvath Hugo "Die Wirkungen der nichtigen und anfechtbaren Ehe nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch und dem Kontrollratsgesetz Nr.16", Dissertation Zürich 1951.
- 100) de Kotzebue Rurik "La nature juridique du mariage" in "Melanges Francois Guisan" (Festschrift für Francois Guisan), Lausanne 1950.
- 101) Meyer Hermine Herta "Das Eherecht unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung von Mann und Frau" Dissertation Bern 1937.
- 102) Tuor "das schweizerische Zivilgesetzbuch", eine systematische Darstellung, 6.Aufl.Zürich 1953.

Verzeichnis der im Text aufgeführten Zeitschriften und Entscheidungssammlungen sowie deren Abkürzungen.

Clunet	Journal du droit international, begründet von Edouard Clunet
D.A.	Recueil analytique Dalloz
D.C.	Recueil critique de jurisprudence et de législation de Dalloz
D.jur.gén.	Répertoire alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence de Dalloz
D.H.	Recueil hebdomadaire de jurisprudence de Dalloz
D.P.	Recueil périodique de jurisprudence de Dalloz
Gaz.Pal.	Gazette du Palais
Gaz.Trib.	Gazette des Tribunaux
J.C.P.	Jurisclasseur périodique (la Semaine juridique)
Nouv.Rép.	Nouveau Répertoire de Droit de Dalloz, 1948.
Rev.gén.du droit	Revue général du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger

Sir.	Recueil de jurisprudence de Sirey
B.J.	La Belgique judiciaire (Gazette des tribunaux belges et étrangers)
J.B.	Recueil annuel de jurisprudence belge
Pas.belge	Pasicrisie belge
Pas.lux.	Pasicrisie Luxembourgeoise
ArchZivPr	Archiv für die zivilistische Praxis
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
FamRZ	Zeitschrift "Ehe und Familie"
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	(deutsche) Juristenzeitung
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
NJ	Neue Justiz (Ostzone)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Staz	Zeitschrift für das Standesamtswesen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
WarnE	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (Sammlung Warneyer)
RGBl	Reichsgesetzblatt
BGBL	Bundesgesetzblatt
Sten.Ber.	Stenographische Berichte über die Verhandlungen des deutschen Reichstages

Sonstige Abkürzungen:

C.c.	Code civil
C.c.fr.	Code civil français
C.c.belge	Code civil belge
C.c.lux.	Code civil luxembourgeois
C.de proc.c.	Code de procédure civile

AVO	Ausführungs-Verordnung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BVG	Bundesverfassungsgericht
DVO	Durchführungs-Verordnung
EheG 38	Ehegesetz vom 6.7.1938
EheG 46	Ehegesetz vom 20.2.1946 (Kontrollrats- gesetz Nr. 16)
FGG	Gesetz über die freiwillige Gerichts- barkeit
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949.
i.V.m.	in Verbindung mit
OLG	Oberlandesgericht
PStG	Personenstandsgesetz in der Fassung vom 3.11.1937
StGB	Strafgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Inhaltsübersicht

§ 1	Einleitung	Seite	1
I	Einführung	"	1
II	Die Gesetzestexte	"	4
§ 2	Vom Wesen der Ehe und der Eheschliessung	"	5
I	Nach dem Code civil	"	5
II	Nach deutschem Recht	"	9
III	Gegenüberstellung	"	10
1. Kapitel: Die Ehevoraussetzungen			
§ 3	Die Ehefähigkeit	"	12
I	Die französischen, belgischen und luxemburgischen Vorschriften	"	12
II	Die Vorschriften des deutschen Rechts	"	14
§ 4	Die Willensfähigkeit	"	16
A	Die Willensfähigkeit im Regelfall	"	16
I	Die Regelung nach dem Code civil	"	16
II	Die Regelung nach deutschem Recht	"	17
B	Die Willensunfähigkeit im Ausnahmefall	"	24
I	Nach französischem, belgischem und luxemburgischem Recht	"	24
II	Nach deutschem Recht	"	35
C	Zusammenfassung	"	42
§ 5	Die Willensmängel	"	46
A	Der Irrtum	"	47
I	Die Vorschriften des Code civil	"	47
II	Das deutsche Recht zu dieser Frage	"	56
III	Kritischer Vergleich	"	63
B	Die arglistige Täuschung	"	65
I	Die Rechtslage nach dem Code civil	"	65
II	Das deutsche Recht	"	66
III	"Injure grave" und arglistige Täuschung. Zusammenfassung und Kritik	"	69

C	Die Drohung	Seite 75
I	Die Lösung des französischen, bel- gischen und luxemburgischen Rechts	" 75
II	Das deutsche Recht	" 81
III	Vergleich. Abschliessende Betracht- ungen zur Frage der Willensmängel bei der Eheschliessung	" 87
§ 6	Die Einwilligung Dritter zur Ehe- schliessung	" 90
I	Die Regelung in Frankreich, Belgien und Luxemburg	" 90
A	Die regelmässige Einwilligung bei Ehe- schliessungen Minderjähriger	" 90
B	Die ehrerbietige Befragung der El- tern Volljähriger nach belgischem und luxemburgischem Recht	" 104
II	Die Vorschriften des deutschen Rechts	" 108
III	Einwilligungen besonderer Art	" 110
§ 7	Die Voraussetzung der geschlechtlichen Verschiedenheit der Ehepartner	" 112
I	Die Rechtslage in Frankreich, Belgien und Luxemburg	" 112
II	Die Behandlung der Frage im deut- schen Recht und Vergleich	" 118
§ 8	Das Verlöbniß	" 123

2. Kapitel: Die Ehehindernisse

§ 9	Das Ehehindernis der Verwandtschaft und Schwägerschaft	" 125
I	Die Vorschriften des Code civil	" 125
A	Verwandtschaft	" 125
B	Schwägerschaft	" 129
II	Das deutsche Recht zu diesem Ehe- hindernis, Kritik und Vergleich	" 140
A	Verwandtschaft	" 140
B	Schwägerschaft	" 141
III	Zusammenfassung	" 147

§ 10	Das Ehehindernis der Adoption	Seite 149
I	Nach französischem, belgischem und luxemburgischem Recht	" 149
II	Nach deutschem Recht	" 153
§ 11	Das Eheverbot der Doppelehe	" 154
I	Nach den Vorschriften des Code civil	" 154
II	Nach deutschem Recht	" 157
III	Zusammenfassung	" 165
§ 12	Das Ehehindernis des Ehebruchs	" 166
I	Seine Ausgestaltung im Code civil	" 166
1)	Frankreich	
2)	Belgien	
3)	Luxemburg	
II	Die deutsche Regelung, Kritik und Vergleich	" 167
§ 13	Das Ehehindernis der Wartefrist von 10 Monaten bei Wiederverheiratung einer Frau	" 171
I	Die Vorschriften des französischen, belgischen und luxemburgischen Rechts	" 171
II	Die deutschen Vorschriften; Vergleich	" 175
III	Zusammenfassung	" 177
§ 14	Verschiedene Ehehindernisse	" 178
I	Im französischen Recht	" 178
II	Im belgischen und luxemburgischen Recht	" 178
III	Im deutschen Recht	" 179
§ 15	Das Ehehindernis des förmlichen Einspruchs	" 182
I	Seine Ausgestaltung im Code civil	" 183
A	Die Berechtigten	" 183
B	Die Formalien des Einspruchs	" 187
C	Die Beseitigung seiner Wirkungen	" 189
II	Kann seine Einführung dem deutschen Gesetzgeber empfohlen werden?	" 195
§ 16	Eugenische Ehehindernisse	" 196
I	In Frankreich, Belgien und Luxemburg.	" 196
II	Im deutschen Recht	" 197

3. Kapitel: Die Förmlichkeiten der Eheschliessung

§ 17	Das Aufgebot	Seite 199
I	Die Vorschriften im französischen, belgischen und luxemburgischen Code civil	" 199
II	Das Aufgebot im deutschen Recht, Vergleich	" 205
III	Zusammenfassung	" 208
§ 18	Der Ort der Eheschliessung	" 209
I	Nach französischem, belgischem und luxemburgischem Recht	" 209
II	Nach deutschem Recht	" 211
III	Vergleich und Zusammenfassung	" 213
§ 19	Die Mitwirkung des Standesbeamten. Nichtehe und vernichtbare Ehe	" 215
I	Die Vorschriften des Code civil	" 215
A	Wer ist Standesbeamter?	" 215
B	Die Folgen der fehlenden Mitwirkung eines Standesbeamten: Nichtehe?	" 218
C	Die gerichtliche Würdigung im Einzelfall	" 229
D	Verweigerung der Mitwirkung	" 231
II	Die Vorschriften des deutschen Rechts. Vergleich und Kritik.	" 231
§ 20	Die Öffentlichkeit der Eheschliessung	" 238
I	Nach französischem, belgischem und luxemburgischem Recht	" 238
II	Nach deutschem Recht	" 241
III	Zusammenfassung, Kritik und Vergleich	" 241
§ 21	Das Erfordernis der persönlichen Anwesenheit der Partner bei der Eheschliessung	" 244
I	Die Rechtslage nach dem Code civil	" 244
II	Die deutsche Vorschrift	" 249
§ 22	Die Ehwillenserklärung	" 251
I	Die französische, belgische und luxemburgische Rechtslage; Scheinerklärung	" 251
II	Die Rechtslage nach deutschem Recht. Zusammenfassung und Vergleich	" 258

	III	Abschliessender Überblick über das Problem der Nichtehe	Seite 261
§ 23		Die Trauung und die Bereitschaft des Standesbeamten	" 264
	I	Die Behandlung im französischen, belgischen und luxemburgischen Recht.Stellung des Standesbeamten	" 264
	II	Die Vorschriften des deutschen Rechts	" 267
	III	Vergleich	" 273
§ 24		Ergebnis und Schlussbetrachtungen	" 274

§ 1

Einleitung

I. Mit dem ausgehenden 18. Jahrhundert setzt in ganz Europa eine, bis in unsere Zeit andauernde, lebhafte Beschäftigung und Auseinandersetzung mit der Ehe in ihrer rechtlichen Erscheinung und Ausgestaltung ein. Beeinflusst von den Ideen der Aufklärungszeit, von einem ständig wachsenden staatlichen Selbstbewusstsein und schliesslich auch unter dem Einfluss eines immer mehr betonten Nationalismus in den europäischen Staaten hat das Institut der Ehe seither immer wieder neue und voneinander abweichende rechtliche Regelungen erfahren.

Das Eherecht war im europäischen Rechtsraum bis zur Reformation infolge des bis dahin allein zuständigen kanonischen Rechtes weitgehend einheitlich. Diese Einheitlichkeit wurde durch die Reformation zwar wesentlich beeinträchtigt, beseitigt jedoch erst durch die grossen nationalen privatrechtlichen Kodifikationen am Ende des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts. Waren bis dahin vornehmlich kirchlich-religiöse Vorstellungen bei der Regelung dieses Rechtsgebietes massgebend gewesen, so traten nun gesellschaftliche und politische Erwägungen immer stärker in den Vordergrund. In den vergangenen Jahrzehnten unseres Jahrhunderts waren einzelne Staaten sogar bestrebt, durch eine bestimmte rechtliche Gestaltung der Ehe, als der kleinsten sozialen Gemeinschaft im Staate, ihre politischen Ideen im Volke zu fundamentieren.

Unter diesen Voraussetzungen und der Erkenntnis, dass die Regelungen der einzelnen Länder bis vor ganz kurzer Zeit, ja überwiegend auch heute noch, ohne Berücksichtigung und Beachtung der Vorschriften in den Nachbarländern erfolgten, muss es verwundern, dass das Eherecht im europäischen Rechtsraum nicht eine noch viel weitergehende und grundsätzlichere Zersplitterung erfahren hat. Dass dies nicht der Fall ist, muss der Tatsache zugeschrieben werden, dass die Ehe, trotz ihrer rechtlichen

Säkularisierung, ihren wesentlich sittlich und religiös bedingten Charakter nicht verloren hat. Für den jeweiligen Gesetzgeber kam also eine grundlegend andere Konzeption, als sie das kirchliche Eherecht getroffen hatte, bei der Abfassung der staatlichen Eherechtsnormen nicht in Frage und konnte, wo eine solche aus politischen Gründen angestrebt wurde, auf die Dauer nicht gehalten werden.

Dennoch sind die Differenzen zwischen den einzelnen Rechtskreisen und nationalen Rechtsordnungen manigfaltig.

Als im Zeitalter der modernen Technik die Entfernung zwischen den einzelnen Staaten immer unwesentlicher und privatrechtliche Bindungen auch familienrechtlicher Art weit über die einzelnen Landesgrenzen hinaus geknüpft wurden und geknüpft werden sollten, zeigten sich die weittragenden Folgen einer Rechtszersplitterung auf engem geographischem Raum im Familienrecht besonders deutlich. Es wurde nun die vornehme Aufgabe der Lehre vom Internationalen Privatrecht, die Rechtssicherheit im internationalen Verkehr zu wahren. Es war und ist aber weder das Anliegen noch steht es im Vermögen dieser heute so wesentlichen Disziplin unserer Privatrechtswissenschaft, die Rechtszersplitterung als solche zu beseitigen. Sie konnte und kann sich nur bemühen, die unangenehmste Wirkung dieser Rechtszersplitterung, die Rechtsunsicherheit zu bannen.

Daneben wurde daher in den berufenen Gremien immer wieder die Frage nach einer übernationalen Rechtsvereinheitlichung auch auf dem Gebiet des Familienrechtes gestellt. Diesen Bestrebungen ist die vorliegende Arbeit gewidmet. Sie will versuchen, das geltende Eheschließungsrecht unserer nächsten Nachbarländern, soweit in diesen, wenn auch manigfach geändert und ergänzt, noch heute der Code civil von 1804 (1807) gilt, nach dem Stande der heutigen Lehre und Rechtsprechung darzulegen, um deren Verschiedenheiten im Vergleich zum deutschen Eheschließungsrecht aufzuzeigen.

Um einen einheitlichen Überblick zu ermöglichen wird sie, trotz des weiten Gebietes, das gesamte Eheschliessungsrecht in drei Hauptteilen - Ehevoraussetzungen, Ehehindernisse und Eheförmlichkeiten - behandeln, wobei auch die Frage nach der Nichtehe nicht zu umgehen sein wird.

Vor allem aber soll die Frage beantwortet werden, ob sich eine Angleichung des Eheschliessungsrechtes dieser Länder durch eine auf die möglichste Vereinheitlichung gerichtete praktische Rechtsanwendung erreichen lässt, oder ob die Verschiedenheiten, insbesondere in der Rechtssystematik, so bedeutend sind, dass eine Rechtsvereinheitlichung nur auf dem Wege über eine gelegentliche Novellengesetzgebung oder gar nur durch eine internationale Gesetzgebung zu erreichen wäre. Eine Vereinheitlichung gerade dieses Rechtsgebietes wäre aber um so wünschenswerter, als das Eherecht im Mittelpunkt des gesamten bürgerlichen Familienrechtes steht; denn die Entscheidung über ihre Existenz, ihren Bestand oder ihre Vernichtbarkeit im Einzelfalle ist jeweils auch der Ausgangspunkt einer Folge weitester Konsequenzen nach den Regelungen des allgemeinen Familienrechtes.

Aber auch bei der Erörterung einzelner Fragen und Entscheidungen wird auf die grössere Folgerichtigkeit oder rechtspolitisch überzeugendere Zweckmässigkeit der einen oder der anderen Rechtsordnung hinzuweisen sein, so dass diese Arbeit nicht nur einem in absehbarer Zeit vielleicht nicht zu verwirklichendem Ziele das Wort redet, sondern wie wir hoffen, auch für die Weiterentwicklung unseres eigenen nationalen Eheschliessungsrechts den einen oder anderen förderlichen Gedanken wird bringen können.

II. Das Eheschliessungsrecht der Länder Frankreich, Belgien und Luxemburg beruht auf dem Code civil (Code-Napoléon) in der Fassung aus dem Jahre 1807, dessen Weiterentwicklung durch Gesetzgebung und Rechtsprechung seit der staatlichen Selbstständigkeit von Luxemburg (1815) und Belgien (1831) getrennt verlief, ohne jedoch seinen wesentlich gemeinsamen Charakter verloren zu haben.

Das Eheschliessungsrecht dieser Länder wird daher, soweit wie möglich, einheitlich geschildert und untersucht werden und als ein Ganzes dem deutschen Eheschliessungsrecht in seiner letzten Gestaltung durch das Ehegesetz vom 20.2.1946 (Kontrollratsgesetz Nr. 16) und einzelnen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches aus dem Jahre 1896 gegenübergestellt werden.

§ 2

Vom Wesen der Ehe und der Eheschliessung.

I. 1) Eine Begriffsbestimmung der Ehe findet sich in den Gesetzestexten der Länder des Code civil ¹⁾ nicht. Eine solche war zwar bei der Beratung des Gesetzes vorgesehen, wurde aber im Laufe einer eingehenden Erörterung im Conseil d'Etat wieder fallen gelassen, da man erkannte, einer so umfassenden, vornehmlich kulturellen und sittlichen Erscheinung mit einer juristischen Definition nicht gerecht werden zu können ²⁾. Bis zum Jahre 1789 galt nun in den Gebieten der heutigen Länder Frankreich, Belgien und Luxemburg hinsichtlich der Ehe fast ausschliesslich ³⁾ kanonisches Recht ⁴⁾, das diese wohl in erster Linie als ein Sakrament, rechtlich aber auch als ein Vertragsverhältnis ansieht ⁵⁾. Im Laufe der französischen Revolution von 1789 wurde das Eherecht in diesen Ländern zwar säkularisiert, die rein rechtliche, Jahrhunderte alte Tradition des kanonischen Rechtes lebte aber, entkleidet ihrer weltanschaulichen Bezogenheit, weiter fort. Sie entsprach in dieser Form den naturrechtlichen Vorstellungen der Aufklärung ⁶⁾, welche

-
- 1) Um eine sich wiederholende Aufzählung der hier zu untersuchenden Rechtsordnungen von Frankreich, Belgien und Luxemburg zu vermeiden, wurde dieser Ausdruck gewählt, meint aber immer nur die hier interessierenden drei genannten Rechtsordnungen.
 - 2) Auch die Beratung zur Reform des Code civil in Frankreich in den Jahren nach 1946 vermeiden aus denselben Gründen eine Definition des Wesens der Ehe.
 - 3) Hinsichtlich der Ausnahme siehe unten Kap.III § 19 Fussnote 1.
 - 4) Aubry-Rau-Esmein § 449.
 - 5) Pothier No.2,3 und 97, Arminjon-Nolde-Wolff Bd.II No. 31 und 125.
 - 6) So z.B. Immanuel Kant in "Die Metaphysik der Sitten, 1.Teil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre" § 24: "... Ehe, das ist die Verbindung zweier Personen verschiedenen Geschlechts

die Ehe als ein rein zivilrechtliches Vertragsverhältnis ansah. Da sich also die rein rechtliche Tradition und die weltanschauliche Wertung dieses Institutes bei der Schaffung des staatlichen Eherechtes entsprachen ⁷⁾, kann es nicht verwundern, wenn die Ehe, bestärkt auch noch durch die Untersuchungen des römischen Rechtes, in der Lehre dieser Länder während des ganzen 19. Jahrhunderts als ein reines Vertragsverhältnis, ⁸⁾ oder genauer noch, als ein auf einem Vertrag beruhendes Verpflichtungsverhältnis ⁹⁾ angesehen wurde.

Erst in jüngerer Zeit wurden Bedenken gegen eine rein vertragliche Definition der Ehe entwickelt. Dies geschah vornehmlich aus dem Gedanken, dass die rechtlichen Wirkungen der Eheschliessung von den Ehegatten nach keiner Richtung ausgestaltet werden können und dass die Ehe grundsätzlich unauflösbar ist, sie daher als ein auf die Dauer bezogenes Gemeinschaftsverhältnis mehr als nur ein Vertrag sei. Schliesslich führte man

- 6) Fortsetzung "... zum lebenswierigen wechselseitigen Besitz ihrer Geschlechtseigenschaften." Und: "Es ist nämlich ... der Ehevertrag kein beliebiger, sondern durchs Gesetz der Menschheit notwendiger Vertrag ..." § 27: "Der Ehe-Vertrag wird nur durch die eheliche Beiwohnung vollzogen!"; -- Siehe auch Enneccerus-Kipp-Wolff § 34 IV.
- 7) So formulierte die französische Verfassung von 1792 in titre II art. 7 ausdrücklich: "La loi ne considère le mariage qu'un contract". Siehe auch die Diskussionen in den Beratungen bei Schaffung des Code civil: Bei Locré Bad. IV S.470 ff und Fenet Bd. IX S.4 und S.140.
- 8) So teilweise auch heute noch: Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade Bd. III No.1422, Planiol-Ripert-Boulanger No.755 ff., Josserand No.692, mit einigen Bedenken auch noch Beudant et Battifol No.511 ff. Das von der Rechtslehre in diesem Zusammenhang regelmässig gebrauchte Wort ist "contrat", das dem deutschen "Vertrag" nicht völlig gleichgesetzt werden kann. Capitant definiert es als "accord des volontés de deux ou de plusieurs personnes en vue de créer entre elles des rapports d'obligations".
- 9) So noch ganz deutlich Colin-Capitant-de la Morandiére in der 9.Aufl.No.109.

gegen eine rein vertragliche Definition der Ehe an, dass sie nach der in diesen Ländern herrschenden Meinung durch den konstitutiven Ausspruch des Standesbeamten - denn die obligatorische Zivilehe ist allen hier zu untersuchenden Rechtsordnungen gemeinsam - geschlossen werde ¹⁰⁾.

Die Auseinandersetzung über das Wesen der Ehe ist noch im Fluss, doch wird es nach überwiegender Ansicht heute in einer komplexen Erscheinung sowohl vertraglicher als auch institutioneller, d.h. sozial-gemeinschaftsbedingter Art gesehen ¹¹⁾.

- 2) Nur wenigen Lehransichten ist jedoch aufgefallen, dass zwischen dem Wesen der Ehe selbst als einem Zustand, einem von der Rechtsordnung anerkannten familiären Stand, und der sie begründenden Eheschliessung, die hier vornehmlich interessiert, zu unterscheiden ist ¹²⁾; denn das Wesen eines ein Rechtsverhältnis begründenden Aktes muss durchaus nicht mit dem durch ihn geschaffenen Rechtsverhältnis selbst identisch sein ¹³⁾.

10) De Page No.567, Hauriou S.203, Duguit Bd.I S.203, Bonnet in Rev. gén. du droit 1921 S.260 f, Arminjon-Nolde-Wolff No.125. - Siehe dazu weiter im Folgenden Kap. III § 23.

11) Rouast No.69, Aubry-Rau-Esmein Bd.VII § 450, Colin-Capitant-de la Morandière No.140, Demolombe Bd.III No.7, Coste-Floret, S.174 und S.210 ff (".. le mariage dans le Code civil est un acte-condition tripartite attributif d'une situation objective légale."), und Rurik de Kotzebue S.32 (".. le mariage est un fait juridique complexe..")

12) Dies hat vor allem De Page No.567 klar erkannt und deutlich herausgearbeitet: "... mais ne voir dans le mariage qu'un contrat est une idée absolument fautive... C'est négliger au profit de l'acte qui le crée, l'état auquel il donne naissance..." und "L'acte, une fois accompli, engendre un état.. Tout est désormais en dehors du champ contractuel, lequel se limite à l'acte initial..".

Infolge dieser Unterscheidung ist es möglich, allein die der Eheschliessung selbst wesentlichen Merkmale zu berücksichtigen, nämlich die Willensübereinstimmung der Parteien und die Mitwirkung des Standesbeamten. Unwesentlich ist vor allem, dass die Parteien keine Möglichkeit haben, ihre Willensentschliessung irgendwie rechtlich näher auszugestalten; denn dem Charakter eines Vertrages ist diese Gestaltungsfreiheit nicht wesentlich, vielmehr beruht sein Wesen allein auf der Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges aufgrund der freien Willensentschliessungen zweier Kontrahenten, deren Willenserklärungen sich ergänzen.

Bedenken an der vertraglichen Natur der Eheschliessung könnten sich daher nur insofern ergeben, als die Willensentschliessung der Parteien den rechtlichen Erfolg eben alleine nicht herbeiführt, hierzu vielmehr noch, wie bereits erwähnt, der konstitutive Ausspruch des Standesbeamten nach der Lehransicht zu den Rechten des Code civil notwendig ist ¹⁴⁾. Auch war es ja gerade diese Ansicht, die einzelne Autoren von der Meinung, die Ehe als solche sei nur ein Vertrag, abrücken liess. Doch widerspricht auch die aktive Mitwirkung eines, wenn auch an den vertraglichen Vereinbarungen selbst unbeteiligten Dritten als unabdingbares Gültigkeitserfordernis dieser Vereinbarung nicht

13) Es überrascht, dass Colin-Capitant-de le Morandière No.140 selbst auf das in diesem Zusammenhang vergleichsweise so naheliegende Adoptionsverhältnis hinweisen und trotzdem noch an der notwendigen Differenzierung der hier dargelegten Art vorbeigehen.

14) Siehe dazu auch Wahl in Rechtsvergl.Handwörterbuch Bd.II S.686.

dem Wesen des Vertrages. Es gibt heute zahlreiche Beispiele, in denen der Staat die Gültigkeit einer privatrechtlichen Vereinbarung von seiner Zustimmung, also Mitwirkung, abhängig macht, ohne dass deshalb an der Vertragsnatur dieser Vereinbarung selbst zu zweifeln wäre.

- 3) Wir können daher festhalten, dass sich die Eheschliessung nach den Rechtsordnungen des Code Civil als ein Vertrag besonders förmlicher und feierlicher Art darstellt ¹⁵⁾.

II. 1) Auch das deutsche Ehegesetz von 1946 kennt, ebenso wie seine Vorgänger, das Ehegesetz von 1938, das Bürgerliche Gesetzbuch und das Personenstandsgesetz von 1875, weder eine Begriffsbestimmung für die Ehe selbst ¹⁶⁾ noch eine solche für die Eheschliessung. Doch ist der deutschen Lehre die Unterscheidung zwischen der Eheschliessung und dem Stand der Ehe selbst seit langem vertraut.

- 2) Während die Ehe selbst weder als privatrechtliches Vertragsverhältnis, wie überwiegend im 19. Jahrhundert, ¹⁷⁾ noch als vornehmlich öffentlich-rechtliche, dem Volke dienende Familiengemeinschaft ¹⁸⁾, wie in der Zeit nach 1933, sondern als ausschliesslich privatrechtliches, auf die Dauer bezogenes soziales Gemeinschaftsverhältnis

15) De Page a.a.O., a.A. Rurik de Kotzebue a.a.O.S.31: "...sans constituer un contrat, la célébration du mariage est un acte juridique sui generis.." Es sei aber darauf hingewiesen, dass dieser Verfasser seine Untersuchungen vornehmlich auf das schweizerische Recht bezog.

16) Anders etwa die zeitlich frühere Kodifikation des preussischen Allgemeinen Landrechts, das eine solche Begriffsbestimmung für die Ehe kannte.

17) Doch wies schon Windscheid (Pandektenrecht § 450) auf das Ungenügende dieser Definition hin.

nis anzusehen ist ¹⁹⁾, muss die Eheschliessung aus den gleichen Gründen, wie sie für die Rechte des Code civil entscheidend waren, als Vertrag angesehen werden ²⁰⁾. Dies Ergebnis ist umso fragloser, als der Standesbeamte nach deutschem Recht die Ehe nicht durch seinen Konstitutiven Ausspruch schliesst ²¹⁾.

III.1) Sowohl die Vorstellung vom Wesen der Ehe, als auch vor allem der Begriff von der Rechtsnatur der Eheschliessung selbst sind somit nach den Rechten des Code civil und nach deutschem Recht die gleichen.

Aus der Bestimmung der Eheschliessung als einem Vertrag ergibt sich jedoch nicht, dass die allgemeinen Regeln dieser Rechte über Willenserklärungen und Verträge auf die Eheschliessung uneingeschränkt anwendbar sind. Vielmehr haben die Rechte des Code civil in den Art. 144 ff. und 63 ff., wie das deutsche Recht in den §§ 1 ff. des EheG 46 eingehende und umfassende Sondervor-

18) z.B. Palandt 1.Aufl. Einl.Ziff.2 vor § 1 und Einf. 1 vor § 15 EheG 38: .."Ehe ist eine Rechtseinrichtung im Interesse des Volkes und zur Erhaltung der eigenen Art". Ebenso Volkmar Vorbemerkung 1 vor § 1 EheG 38 und die amtl.Begründung zum EheG 38, abgedruckt bei Massfeller vor § 1 EheG 38.

19) Lehmann § 5 I S.20, Mitteis § 4 I, Feldmann-Franqué-Hamelbeck S.54 und 55.

20) Mitteis a.a.O., Feldmann-Franqué-Hamelbeck a.a.O., Vogel "Das Ehehindernis des Ehebruchs" S.XXV Ziff. 1. Anderer Ansicht waren die Schöpfer des EheG 38, die in der Eheschliessung einen "Rechtsakt eigener Art" (V.Scanzoni Vorb. 1 vor § 15 EheG 38) sahen, in ihrem Bestreben, die privatrechtliche Natur der Eheschliessung zu beseitigen (amtl.Begründung vor § 1 EheG 38 bei Massfeller).

Wie sehr diese Fragen dem Wandel der politischen und sozialen Anschauungen unterworfen sind, ohne einen entsprechenden Niederschlag im Gesetzestextwortlaut gefunden haben zu müssen, ergibt die Tatsache, dass der Gesetzestext zu diesen Fragen im EheG 38 und im EheG 46 der gleiche ist.

schriften für das Eheschliessungsrecht erstellt, die als *leges speciales* zu den allgemeinen Vorschriften angesehen werden müssen. Nur dort, wo diese Sondervorschriften einzelne Fragen nicht regeln, wird nach eingehender Prüfung ein Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften gestattet sein.

21) Siehe dazu Wahl in Rechtsvergl. Handwörterbuch a.a. O. sowie im Folgenden Kap. III § 23 II.

1. Kapitel

Die Ehevoraussetzungen

§ 3

Die Ehefähigkeit.

- I 1) Nach den Rechten des Code civil wird das Wesen der bürgerlichen Ehe, wie wir festgestellt haben, weder durch die Herstellung einer intimen Lebensgemeinschaft noch durch die Erzeugung von Nachkommen bestimmt. Dennoch wird dieses normale Ziel einer Ehe bei den gesetzlichen Voraussetzungen der Eheschliessung selbst berücksichtigt. Art. 144 des französischen, belgischen und luxemburgischen Code civil bestimmen gleichlautend für den Mann ein Mindestalter von 18, für die Frau ein solches von 15 Jahren als Voraussetzung für die Eingehung einer Ehe. Diese Altersbestimmungen sind ihrem ursprünglichen rechtlichen Charakter nach unwiderlegliche Vermutungen dahingehend, dass die physische Ehefähigkeit erst mit der Erreichung des geforderten Mindestalters eintritt. Ein Gegenbeweis ist daher weder für ein niedrigeres noch für ein höheres Alter gestattet. Dies ist zumindest der rechtliche Ausgangspunkt dieser Vorschriften, wenn sie auch heute, ohne dass eine Gesetzesänderung erfolgt wäre, überwiegend als Bestimmungen zur Verhinderung von Eheschliessungen zwischen Personen, denen die geistige und sittliche Reife für einen so weittragenden Entschluss noch fehlt, angesehen werden.
- 2) Das Gesetz kennt jedoch eine Ausnahme, die den erwähnten Ausgangspunkt des Gesetzes gleichzeitig bestätigt: Während ein Verstoss gegen das gesetzliche Alterserfordernis gemäss Art. 184 C.c. (gleichlautend) regelmässig die absolute Vernichtbarkeit ¹⁾ einer so ge.-

1) Die "absolute Nichtigkeit" (nullité absolue) der Eherechte Frankreichs, Belgiens und Luxemburgs entspricht weitgehend der "Vernichtbarkeit" des deutschen Eherechts. Insbesondere ist auch nach diesen Rechten eine Ehe nicht ipso iure nichtig, sondern bedarf der gerichtlichen Vernichtung. Aus diesem Grunde wird in der Folge auch die Bezeichnung "Vernichtbarkeit" aufrechterhalten werden, obwohl die

geschlossenen Ehe nach sich zieht, ist dies nicht der Fall, wenn die Frau im Laufe dieser Ehe und vor deren Vernichtung schwanger geworden ist (Art.185 Ziff.2 C.c.); denn mit dem Eintritt der Schwangerschaft ist der Beweis der physischen Ehefähigkeit der an sich gesetzlich noch nicht ehefähigen Frau erbracht, der hier als Gegenbeweis indirekt für zulässig erklärt wird. Auch wenn die Schwangerschaft erst im Verlaufe des Nichtigkeitsverfahrens eintritt, ist die Klage mit diesem Augenblick als unzulässig abzuweisen.

Fraglich erscheint in diesem Zusammenhang nur, ob die Schwangerschaft der Frau auch dem Manne, der das erforderliche Alter noch nicht oder ebenfalls noch nicht erreicht hat, zugute kommt.

Die herrschende Ansicht verneint dies ²⁾ mit der eigenartigen Begründung, dass es nie feststehe, ob die Schwangerschaft auch eine Folge der Beiwohnung gerade dieses Mannes sei ³⁾. Beudant ⁴⁾ führt demgegenüber mit Recht aus, dass die Ehe bis zu ihrer Vernichtung als bestehend gelte und damit auch der Mann als Erzeuger der Leibesfrucht bei einer Schwangerschaft der Frau angesehen werden müsse. Deshalb habe er, ebenso wie die Frau, in diesem Fall den faktischen und hier zulässigen Gegenbeweis gegenüber der gesetzlichen Vermutung der mangelnden Ehefähigkeit erbracht. Dennoch ist der herrschenden Ansicht der Vorzug zu geben. Art.185 Ziff. 2 C.c. (gleichlautend) bestimmt: "...lorsque la femme, qui n'avait point cet âge, a concu...". Dieser Wortlaut bringt klar zum Ausdruck,

1) Fortsetzung von Seite
Terminologie in der Lehre und Rechtsprechung dieser Länder einheitlich für diese Tatbestände "nullité", also "Nichtigkeit", ist

2) De Page No.651B, Rouast No.262

3) Rouast No.263

4) Beudant No.612 S.494

dass das Gesetz hier allein auf das mangelnde Alter der Frau abstellt, dem noch nicht ehefähigen Manne also auch für den Fall der Schwangerschaft seiner Frau den Gegenbeweis gegen die gesetzliche Vermutung der mangelnden Ehefähigkeit nicht gestattet.

- 3) Eine nachträgliche Bestätigung der Eheschliessung durch die Ehegatten nach Erreichung des Ehefähigkeitsalters kennen die Rechte des Code civil im eigentlichen Sinne nicht. Lediglich die Vorschrift des Art.185 Ziff.1 C.c.(gleichlautend) bestimmt, dass die Vernichtbarkeit der Ehe dann entfällt, wenn die Ehegatten nach Erreichung der Altersgrenze mindestens 6 Monate ununterbrochen in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben. Doch tritt diese Wirkung völlig unabhängig von dem Willen ⁵⁾ und den Vorstellungen der fraglichen Ehegatten ein, so dass von einer rechtsgeschäftlichen Bestätigung der Ehe nicht gesprochen werden kann.
- 4) Von dem in den Art.144 C.c. festgelegten Mindestalter kann, ohne dass eine unterste Grenze im Gesetz festgelegt ist, Befreiung erteilt werden. Eine nachträgliche Befreiung, die durchaus möglich ist, da sie auf dem Verwaltungswege erteilt wird, beseitigt jedoch die Vernichtbarkeit einer ohne diese geschlossenen Ehe nicht ⁶⁾.

II 1) Auch das deutsche Recht sucht Eheschliessungen noch zu junger Menschen zu verhindern; ihm ist daher die Bestimmung eines Mindestalters als Voraussetzung jeder

5) Laurent Bd. II No.469, Rouast No.263.

6) Demolombe Bd.III No.334; Aubry-Rau-Esmein § 461, Fuzier-Herman No.6 zu Art.185 C.c. Zur Frage der Wiederholung einer Eheschliessung zwischen den gleichen Partnern, ohne dass deren frühere Ehe aufgelöst oder vernichtet wurde, siehe im folgenden Kap. 2 § 11.

Eheschliessung seit langem vertraut. Es beträgt seit Erlass des BGB (§ 1305 BGB, ebenso § 1 EheG 38) für den Mann regelmässig 21 Jahre, für die Frau 16 Jahre (nunmehr § 1 EheG 46). Für dies wesentlich höhere Alter, als es die Rechte des Code civil fordern, war weniger die Tatsache entscheidend, dass im deutschen Rechtsgebiet die Geschlechtsreife gewöhnlich später eintritt als in den vom südlicher gelegenen Frankreich ausgehenden Rechtsgebiet des Code civil. Die Vorschrift soll vielmehr in erster Linie ein Mindestmass an geistiger und sittlicher Reife der Partner bei der Eingehung einer Ehe sichern und dadurch gleichzeitig verhindern, dass von Anfang an in ihrem Bestand gefährdete Ehen geschlossen werden. Die deutsche Vorschrift hat sich daher auch von ihrer historischen Grundlage als einer Vermutung hinsichtlich der physischen Ehefähigkeit endgültig gelöst.

- 2) Befreiung von dem Alterserfordernis des § 1 EheG 46 ist für die Frau ohne Begrenzung auf ein unterstes Mindestalter möglich, für den Mann, anders als nach den Rechten des Code civil, nur bis zu einem untersten Mindestalter von 18 Jahren und unter der weiteren Voraussetzung seiner vorherigen Volljährigkeitserklärung (§ 1 Abs.II EheG 46, § 3 ff.BGB).
- 3) Ein Verstoss gegen diese Vorschriften hat nach deutschem Recht keine Folgen. Nach der Formulierung des Gesetzes handelt es sich um reine "Soll-Vorschriften" ⁷⁾, während ein gleicher Verstoss gegen das gesetzlich festgelegte Mindestalter nach den Rechten des Code civil regelmässig die absolute Vernichtbarkeit nach sich zieht.

7) Vergl. unten Kap. 1 § 4. III.

§ 4

Die Willensfähigkeit.

Könnte oben die Eheschliessung als ein Vertrag zwischen den Verlobten charakterisiert werden, als rechtliche Einheit also zweier sich ergänzender Willenserklärungen, so ergibt sich als nötige Voraussetzung der Eheschliessung die Willensfähigkeit der Parteien. Es gilt daher nunmehr die Frage zu beantworten, wer als Eheschliessender in der Lage ist, rechtlich relevant seinen Willen zur Eingehung der Ehe zu erklären.

- A
- I 1) Im Regelfalle tritt die rechtliche Willensfähigkeit in Frankreich, Belgien und Luxemburg mit der Volljährigkeit ein, die dort gleichermassen mit der Vollen-
dung des 21. Lebensjahres erreicht wird, Art. 488 C.c. (übereinstimmend). Anders verhält es sich jedoch mit dem Eintritt der Willensfähigkeit bei der Eheschliessung. Hier hängt diese nicht von der Volljährigkeit, sondern allein von der Ehefähigkeit ab, mag diese sich nun im gesetzlichen Rahmen halten oder gar durch eine Befreiung vom gesetzlichen Alterserfordernis darunter liegen. Der 18-jährige junge Mann und das 15-jährige Mädchen vermögen daher nach der Regelung dieser Rechte ihren Eheschliessungs w i l l e n ohne Mitwirkung ihrer gesetzlichen Vertreter zu bekunden, obwohl sie im übrigen noch drei bzw. sechs Jahre dem Vertretungsrecht dieser Personen unterstehen würden.¹⁾

1) Die potentielle Formulierung wurde von uns gewählt, weil die Art. 476 C.c. (gleichlautend) nach erfolgter Eheschliessung die Emanzipation eintreten lassen, die den Minderjährigen zwar nicht mündig werden läßt, ihn aber nur mehr für einzelne Fälle rechtsgeschäftlichen Handelns der Notwendigkeit einer Mitwirkung seines Vertreters (curateur) unterstellt, Art. 482 C.c. (gleichlautend).

- 2) Hat einer der Eheschliessenden das gesetzliche Mindestalter nicht erreicht oder eine Befreiung nicht erwirkt, so ist die Ehe daher nicht nur auf Grund der Art. 144 i.V.m. Art. 184 C.c. absolut vernichtbar, sondern auch wegen der mangelnden Willensfähigkeit gemäss Art. 146 i.V.m. Art. 184 C.c. ²⁾. Auch die Mitwirkung des Vertretungsberechtigten an einer solchen Eheschliessung des noch nicht Ehefähigen und damit auch im Hinblick auf die Eheschliessung Willensunfähigen kann das aufgezeigte Ergebnis nicht verändern, da eine beschränkte Willensfähigkeit, wie sie das deutsche Recht in der beschränkten Geschäftsfähigkeit ausgeprägt hat, den Rechten des Code civil unbekannt ist. ⁵⁾

II. 1) Demgegenüber hat das deutsche Recht es bei der allgemeinen Regelung belassen, die Willensfähigkeit erst mit der Volljährigkeit, im Regelfalle ⁴⁾ also mit 21 Jahren, eintreten zu lassen. Unabhängig vom Ehefähigkeitsalter richtet sich die Willensfähigkeit daher nach den allgemeinen Regeln.

- 2) Diese Regelung des deutschen Rechtes ist deshalb möglich, weil es die absolute Willensunfähigkeit (Geschäftsunfähigkeit) und damit auch rechtsgeschäftliche Eheunfähigkeit nur bis zur Vollendung des 7. Lebensjahres kennt (§ 2 EheG 46 i.V.m. § 104 Ziff. 1 BGB), für den Zeitabschnitt vom vollendeten 7. Lebensjahr bis zum Eintritt der Volljährigkeit jedoch das Institut der

2) Die Rechtsprechung und Lehre in Belgien und Luxemburg nimmt allerdings hier nur relative Vernichtbarkeit an. Auf die Streitfrage wird unten unter B I noch näher eingegangen werden.

3) Anklänge finden sich allerdings beim emanzipierten Minderjährigen und bei den wegen Geistesschwäche oder Verschwendung Entmündigten. In allen diesen Fällen bezieht sich aber die Beschränkung nur auf einzelne, vom Gesetz besonders erwähnte Rechtsgeschäfte.- Siehe dazu auch unten unter B I Ziff. 4.

4) Ausnahmsweise kann ein Minderjähriger von mindestens 18 Jahren durch hoheitlichen Gnadeakt für mündig erklärt werden (§§ 3 ff. BGB); er erlangt dadurch die rechtliche Stellung eines Volljährigen.

beschränkten Willensfähigkeit (beschränkte Geschäftsfähigkeit) geschaffen hat.

Der Minderjährige im Alter über 7 Jahren kann danach die Willenserklärung zwar selbst abgeben - und muss dies auch im Falle der Eheschliessung, wie wir noch sehen werden - bedarf jedoch zu deren Wirksamkeit der rechtsgeschäftlichen Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters ⁵⁾. Diese Zustimmungserklärung ist kein Teil der Ehemillenserklärung selbst, bedarf also auch nicht der für die Eheerklärung notwendigen, später noch zu erörternden Form.

- 3) wer gesetzlicher Vertreter eines Minderjährigen ist, richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des Familienrechts. Nach dem BGB stand das Vertretungsrecht bei ehelichen Kindern regelmässig dem Vater (§§ 1627, 1630 BGB), nach seinem Tode und in einem besonderen Fall der Mutter (§ 1684 BGB) zu. Nachdem aber Art. 3 Abs. 2 des Bonner Grundgesetzes durch Fristablauf (Art. 114 Abs. 1 GG) geltendes Recht geworden ist ⁶⁾, steht das Vertretungsrecht ehelicher Kinder nunmehr beiden Elternteilen gemeinsam zu ⁷⁾. Beide El-

5) Siehe dazu oben § 3 II Ziff. 2: Praktisch wird es sich also immer nur um die Zustimmung zur Eheschliessung einer minderjährigen Frau handeln, da der Mann gemäss § 1 EheG auf jeden Fall mündig sein soll. Da es sich hierbei aber nur um eine Soll-Vorschrift handelt, ist theoretisch auch die elterliche Zustimmung zur Eheschliessung eines noch nicht mündigen Mannes denkbar.

6) Urteil des BVG vom 18.12.53 (1 BvL 106/53) gegen OLG Frankfurt in NJW 1953 S.746. Ebenso BGH vom 14.7.1953 in NJW 1953 S.1342. Weitere zahlreiche Rechtssprechungs- und Literaturnachweise bei Arnold S. 3.

7) Es ist streitig, ob die Eltern in jedem Falle gemeinschaftlich tätig werden müssen (so die überwiegende Meinung) oder ob in wenigen wichtigen Fällen oder in eiligen Angelegenheiten jeder Elternteil für sich allein vertretungsberechtigt ist (so Beitzke § 25 I/3d). Die Frage muss hier jedoch ebenfalls nicht näher erörtert werden, da von beiden Ansichten richtig die Notwendigkeit der Gesamtvertretung für alle den Personenstand des Minderjährigen betreffenden Fälle, also auch dessen Eheschliessung, angenommen wird.

ternteile müssen daher ihre Zustimmung zur Eheschließung eines Minderjährigen erklären.

- 4) Fraglich ist bisher nur, wie bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen dem Vater und der Mutter zu entscheiden ist.

Doch kann es nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, diese Streitfrage im einzelnen kritisch zu untersuchen, zumal bereits die Sichtung der sehr umfangreichen Literatur zu dieser Frage ⁸⁾ eine breite Darstellung erfordern würde. Eine kurze Zusammenfassung mag genügen.

Die überwiegende Ansicht in der Literatur ⁹⁾ und vor allem die Rechtsprechung ¹⁰⁾ geben für diesen Fall jedem der Elternteile die Möglichkeit eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts herbeizuführen. Eine gesetzliche Vorschrift dieser Art findet sich allerdings weder im EheG 46 noch im BGB. Man könnte zwar versucht sein, diese Möglichkeit im Falle der elterlichen Zustimmung zur Eheschließung direkt der Vorschrift des § 3 Abs. III EheG 46 zu entnehmen. Doch da diese nur die Initiative seitens des Minderjährigen vorsieht und da sie weiter

8) Vergl. die Literaturzusammenstellungen bei Arnold a.a.O. und bei Siebert-Vogel vor § 1627 BGB.

9) Palandt-Lauterbach, 14. Aufl., Verb. vor § 1627, Dölle in JZ 1953 S. 361, Arnold in MDR 1953 S. 332 ff. Scheffler DRiZ 1953 S. 332 ff. Siebert in NJW 1955 S. 1 ff., Koffka in JR 1955, S. 3 ff., Krüger in JZ 1952 S. 615 f., Siebert-Vogel Anm. 4 zu § 1627 BGB, Arnold S. 87 a.A. Bosch "Familienrechtsreform" S. 58 und S. 60 ff. Zu beachten ist ferner § 1629 des Regierungsentwurfes, abgedruckt bei Massfeller "Das neue Familienrecht".

10) OLG Celle in NJW 1953 S. 829, OLG Hamm in NJW 1953 S. 1226, LG Hamburg in NJW 1953 S. 1104.

eine klar erkenntliche Ausnahmenvorschrift ist, kann sie nicht auf ein eigenes Antragsrecht auch der beiden Elternteile ausgedehnt werden.

Die Möglichkeit, in Fällen der Uneinigkeit zwischen den Elternteilen eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts herbeizuführen, beruht demnach auf freier richterlicher Rechtsschöpfung, durch die jedoch erst der Verfassungsgrundsatz der völligen Gleichberechtigung von Mann und Frau verwirklicht werden konnte. Zudem kann sich diese richterliche Rechtsfindung auch darauf stützen, dass die Möglichkeit einer unabhängigen Entscheidung durch das Vormundschaftsgericht schon vor dem Stichtag des 1.4.1953 (Art. 114 Abs. I GG) dem deutschen Recht in zumindest verwandten Fällen (§§ 1666, 1667 BGB, § 3 Abs. III EheG 46) bekannt war.

- 5) Uneheliche minderjährige Kinder erhalten nach deutschem Recht einen Vormund, der gemäss § 1793 BGB ihr gesetzlicher Vertreter ist und damit auch im Falle der Eheschliessung die erforderliche Einwilligung zu erklären hat.
- 6) Adoptivkinder gelten als eheliche Kinder des oder der Annehmenden (§ 1757 BGB), dessen oder deren Einwilligung zur Eheschliessung somit, solange sie minderjährig sind, erforderlich ist. Das gleiche gilt von unehelichen Kindern, die für ehelich erklärt wurden (§ 1736 BGB), und solchen, deren natürliche Eltern nach ihrer Geburt die Ehe geschlossen haben (§ 1719 BGB. legitimatio per matrimonium subsequens).
- 7) Bei ehelichen minderjährigen Kindern, deren Eltern geschieden sind, ist gesetzlicher Vertreter derjenige Elternteil, dem die Sorge für die Person des Kindes gemäss § 74 EheG 46 übertragen wurde ¹¹⁾. Das gleiche

11) v. Godin Anm. 3 zu § 3 EheG 46, Siebert-Vogel Anm. 3 zu § 3 EheG 46, Gerold Anm. 7 zu § 3 EheG 46, Palandt Anm. 3 zu § 3 EheG 46.

gilt von Minderjährigen, die von Eltern abstammen, deren Ehe vernichtet (§ 25 Abs. II EheG 46) oder aufgehoben wurde (§ 37 Abs. I EheG 46).

- 8) Die fragliche Einwilligungserklärung hat zu einer bestimmten Ehe zu erfolgen; eine generelle Einwilligung etwa in der Art einer Generalermächtigung an den Minderjährigen, hat keine rechtliche Wirkung ¹²⁾.

Da es sich bei der Einwilligungserklärung um eine den allgemeinen Regeln unterworfenen Willenserklärung handelt, kann sie unter einer Bedingung oder Befristung gegeben werden ¹³⁾; sie ist weiterhin bis zur Eheschliessung frei widerruflich ¹⁴⁾. Auf sie sind daher auch gegebenenfalls die allgemeinen Vorschriften über Willens- oder Erklärungsmängel (§§ 116 ff BGB) anzuwenden. Hat ein Einwilligungsberechtigter die Einwilligung vor der Eheschliessung erklärt und stirbt er vor deren endgültigem Abschluss, so hat diese Einwilligung keine rechtliche Wirkung mehr, da sie von dem oder den im Augenblick der Eheschliessung selbst Berechtigten zu erklären ist.

Die Erklärung bedarf keiner besonderen Form. Der Standesbeamte muss sich jedoch von ihrem Vorhandensein überzeugen (§ 5 PStG und § 17 der 1.AVO zum PStG), was im Regelfalle durch mündliche Erklärung vor ihm oder durch öffentlich beglaubigte Erklärung erfolgen kann.

- 9) Wird dem Minderjährigen die Einwilligung versagt,

12) Gerold Anm. 6, v. Godin Anm. 5, Palandt Anm. 4, Hoffmann-Stephan Anm. 5 je zu § 3 EheG 46, Wagner in StAZ 1951 S. 44.

13) Palandt Anm. 4, Hoffmann-Stephan Anm. 5, v. Godin Anm. 5, Gerold Anm. 6 je zu § 3 EheG 46.

14) Literatur wie vor unter No. 10, sowie Thias in StAZ 1950 S. 45.

oder, was dem gleichsteht, kommt es zu keiner Einigung zwischen den Elternteilen, ohne dass diese aber eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes herbeiführen, so kann der Minderjährige selbst, falls er behauptet, die Einwilligung werde ihm ohne triftige Gründe verweigert, gemäss § 3 Abs. III EheG 46 eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts herbeiführen. Bei der Prüfung hat das Vormundschaftsgericht alle Umstände zu berücksichtigen, insbesondere auch solche familiärer Art, letztere jedoch nur insoweit, als sie im Hinblick auf die neue Ehe und ihre zu erwartende Entwicklung einen triftigen Grund zur Ablehnung bilden könnten¹⁵⁾; denn bei dem dargestellten Einwilligungsrecht handelt es sich allein um einen Teil des gesetzlichen Vertretungsrechts, das dem Wohle des Minderjährigen zu dienen hat, nicht um eine Berücksichtigung vornehmlich familiärer Interessen¹⁶⁾. Das umfassende Recht der betreffenden Personen, den Minderjährigen bei allen rechtsgeschäftlichen Handlungen zu vertreten, soll jedoch durch diese Vorschrift nicht eingeschränkt, sondern nur kontrolliert werden.

Kommt das Vormundschaftsgericht zu der Überzeugung, dass keine triftigen Gründe für eine Verweigerung der Ablehnung sprechen, so hat es selbst die Einwilligung zu erteilen; es ersetzt also in diesem Fall die Einwilligung der eigentlich Vertretungsberechtigten.

Zu klären bleibt noch die Frage, ob dem Minderjährigen das Recht, eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts herbeizuführen, auch dann noch zusteht, wenn dieses bereits über den Antrag eines Elternteils bei Meinungs-

15) Hoffmann-Stephan Anm. 6A, v. Godin Anm. 7, Palandt Anm. 5, Achilles-Greif-Beitzke Anm. 6 je zu § 3 EheG 46.

16) v. Godin, Anm. vor Anm. 1 zu § 3 EheG 46, KG in HRR 41 S. 765.

verschiedenheiten zwischen den Eltern selbst - also nicht bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern und dem Minderjährigen, wie § 3 Abs. III EheG voraussetzt - zu entscheiden hatte und diese Entscheidung ablehnend ¹⁷⁾, d.h. die geplante Eheschliessung missbilligend ausgefallen war. Die Frage erscheint um so schwieriger, als gemäss § 12 FGG in diesem Verfahren der Untersuchungsgrundsatz (Offizialmaxime) gilt, sodass das Gericht bei Entscheidung über die Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern bereits alle Gesichtspunkte zu berücksichtigen hatte, die auch in diesem vom Minderjährigen angeregten Verfahren von Bedeutung werden könnten.

Scheinbar steht also dem möglichen Begehren des Minderjährigen aus § 3 Abs. III EheG 46 der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache (res judicata) entgegen. Aber selbst wenn man annimmt, dass derartige Entscheidungen auch materiell rechtskräftig werden können, ¹⁸⁾ so war der Minderjährige in dem Verfahren zur Entscheidung über die Meinungsverschiedenheit zwischen

17) Nach der herrschenden Auffassung erteilt in diesem Fall das Vormundschaftsgericht nicht selbst die Einwilligung bzw. versagt sie, sondern überträgt für diesen Fall demjenigen Elternteil das alleinige Vertretungsrecht, dessen Ansicht der Vorzug zu geben ist.

18) Es ist dies hier zweifelhaft, da die Entscheidungen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach überwiegender Ansicht (Schneider in ZZP 29/153, Siebert in ZZP 54/441, OLG Hamm in JZ 1952 S.634) nur dann materieller Rechtskraft fähig sind, wenn sie echte Streitentscheidungen betreffen. Wir sind jedoch der Ansicht, dass die Entscheidung über eine derartige Meinungsverschiedenheit zweier Vertretungsberechtigter eine echte Streitentscheidung ist, da sich zwei Beteiligte mit entgegengesetztem Interesse gegenüberstehen und das Gericht über ihre subjektiven Rechte befinden muss.- Siehe dazu Keidel in Anm. 1 und Anm. 8 zu § 31 FGG sowie in Anm. 13 zu § 12 FGG mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

seinen Eltern doch nicht Beteiligter. Er konnte also weder eigene Ausführungen unterbreiten - auch wenn ihn das Gericht im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes selbst hörte - noch eine ihn "belastende" Entscheidung selbst mit einem Rechtsmittel angreifen. Da aber auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache nur inter partes von Bedeutung werden kann, kann auch der Antrag des Minderjährigen auf Ersetzung der Einwilligung gemäss § 3 Abs. III EheG 46 nicht als unzulässig abgewiesen werden. Das Gericht hat vielmehr in der Sache selbst, trotz möglicherweise gleichen Sachverhaltes, erneut zu entscheiden.

Obwohl das praktische Ergebnis dieser Ansicht auf eine Kontrolle des Vormundschaftsgerichts durch das Vormundschaftsgericht hinausläuft, würde eine gegenteilige Ansicht die dem Minderjährigen in § 3 Abs. III EheG 46 eingeräumte Rechtsposition ungerechtfertigt schmälern.

- 10) Dieses gesamte Gebiet der rechtsgeschäftlichen Einwilligung Vertretungsberechtigter bei Eheschliessungen Minderjähriger, wie es sich nach deutschem Recht aus der vertraglichen Natur der Eheschliessung ergibt und eigens in § 3 Abs. I EheG 46 nochmals normiert wurde, ist, wie wir gesehen haben, dem französischen, belgischen und luxemburgischen Eheschliessungsrecht unbekannt. Wir werden jedoch an anderer Stelle, bei Darlegung der f a m i l i ä r e n Einwilligung zur Eheschliessung erkennen, dass, so bedeutend der rechtssystematische Unterschied in dieser Frage auch sein mag, ihr praktischer Unterschied doch nur von geringem Ausmaße ist.

- B I 1) Die Willensfähigkeit ist aber nicht nur eine Erscheinung der geistigen Entwicklung des Menschen, deren Eintritt im Rechtssinne von der Erreichung einer gewissen Altersgrenze abhängig gemacht wird und gemacht werden

kann. Sie kann vielmehr auch dort, wo sie dem Alter nach bei einer Person gegeben sein müsste, durch Krankheit oder sonstige Umstände derart beeinträchtigt sein, dass ihr die einzelnen Rechtsordnungen keine rechtliche Bedeutung mehr beimessen können.

Da jedoch die Vermutung der vollen Willensfähigkeit mit Eintritt der Mündigkeit grundsätzlich unwiderleglich ist, bedürfte es an sich für derartige Ausnahmefälle besonderer gesetzlicher Tatbestände.

Dennoch haben die Rechte des Code civil diesen besonderen Umständen keine eigenen Tatbestände gewidmet, sondern es bei der allgemeinen Vorschrift des Art. 146 C.c. (gleichlautend) belassen: "Il n'y a pas de mariage lorsqu' il n'y a point de consentement"; unter "consentement" ist hierbei fraglos und unbestritten "consentement valable" (wirksame zustimmende Willenserklärung) zu verstehen.

Wie aber die Gesetzesberatungen zu dieser Bestimmung erkennen lassen, sollte diese Vorschrift alle Möglichkeiten einer ausnahmsweisen Willensunfähigkeit, wie Geisteskrankheit (démence), Trunkenheit (ivresse) und Hypnose ¹⁹⁾ berücksichtigen. Doch fallen andererseits nur solche Tatbestände unter diese Vorschrift, die eine völlige Willensunfähigkeit erkennen lassen, nicht dagegen auch solche einer nur graduell geringeren, eingeschränkten Willensfähigkeit. Die Entscheidung im Einzelfalle kann daher auch nicht allein auf der medizinischen Feststellung der Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeit beruhen, sondern es ist jeweils unter Berücksichtigung aller Umstände zu prüfen, ob eine vernünftige Einsicht in die Bedeutung und die Folgen einer solchen Eheschliessungserklärung gegeben ist, mag sie letztlich auch eingeschränkt sein, oder nicht ²⁰⁾. Das richtige

19) Rouast No. 98, De Page No. 583, Beudant No. 616, Planiol-Ripert-Boulanger No. 795 ff.

20) Aubry-Rau-Esmein Bd. VII § 451 bis.

Ergebnis zu finden, wird im Einzelfalle nicht einfach sein; es kann daher nützlich sein, auf das im Folgenden unter II zu erörternde deutsche Recht zu verweisen, dem die Differenzierung zwischen Geisteskrankheit und Geistesschwäche, im Ergebnis also zwischen Willensunfähigkeit und eingeschränkter Willensfähigkeit, schon aus systematischen Gründen bekannt ist und sie einer, wie wir glauben, auch glücklichen gesetzlichen Lösung zugeführt hat.

Zu beachten ist aber, dass die Vorschrift des Art.146 C.c. schon ihrem Wortlaut nach ("s'il n'y a point"..) ihren Ausnahmecharakter zum Ausdruck bringt; sie kann daher auch nur bei einem eindeutigen Tatbestand im Einzelfall zur Anwendung gelangen.

Insbesondere steht daher der Eheschliessung eines Geisteskranken, der nicht entmündigt wurde, im sogenannten *lucidum intervallum* kein Hindernis entgegen²¹⁾, da die Willensfähigkeit im entscheidenden Augenblick der Willenserklärung bei der Eheschliessung gegeben ist.

Die Rechte des Code civil haben also die Geisteskrankheit gerade nicht zu einem Hindernis in se entwickelt²²⁾ sondern stellen gemäss Art.146 einzig auf die Willensfähigkeit im Augenblick der Eheerklärung ab.

- 2) Dagegen ist in der Lehre dieser Länder lebhaft umstritten, ob auch der wegen Geisteskrankheit Entmündigte (*interdit judiciaire*, Art.489 ff C.c. gleichlautend)²³⁾ im *lucidum intervallum* eine Ehe schliessen kann.

21) Aubry-Rau-Esmein § 451 bis, Planiol-Ripert-Boulanger No. 796, Rouast No.97, De Page No.583,

22) De Page No.583, Beachte dagegen Art.97 Abs.II des schweiz.ZGB, das die Geisteskrankheit ohne Bezug auf die Frage nach dem Vorliegen oder Nichtvorliegen der Willensunfähigkeit zu einem (eugenischen) Ehehindernis ausgestaltet hat.

23) Übrigens die einzige Grundlage einer Entmündigung nach den Rechten des Code civil. Sonst kennen diese Rechte nur noch Pflegschaften.

Mit dem Augenblick der Entmündigung verliert der Entmündigte die rechtliche Handlungsfähigkeit (*exercice de ses droits*), Art. 502 i. V. m. Art. 450 und Art. 509 C. c. (gleichlautend). Er wird von diesem Zeitpunkt an von seinem Vormund, wie das Gesetz sich ausdrückt, "repräsentiert" (Art. 450 Abs. I C. c.). Eine solche Repräsentation durch den Vormund ist jedoch bei der Eheschliessung nicht möglich, da diese zu den notwendigen höchstpersönlichen Rechtsgeschäften gehört. Die zunächst naheliegende Ansicht, die durch die Entmündigung eingetretene Handlungsunfähigkeit müsse sich auch auf die Eheschliessungserklärung erstrecken, würde dem Entmündigten daher jede Möglichkeit nehmen, auch während eines längeren lichten Zwischenraums eine Ehe einzugehen. Den deutschen Juristen vermag dieses Ergebnis nicht zu überraschen; es ist ihm vertraut. Doch ist zu bedenken, dass es nach deutschem Recht eine klare Folge des Gesetzes (§ 104 Ziff. 3 BGB) ist, die sogar für diejenigen Fälle, in denen eine Vertretung nicht möglich ist, so z. B. gerade die Eheschliessung oder die Testamentserrichtung, vom Gesetz nochmals eigens betont wird (§§ 2 EheG 46, 2229 Abs. III BGB).

Einige französische Autoren haben daher mit Recht darauf hingewiesen, dass die Handlungsunfähigkeit nach der Entmündigung, soweit man sie auch auf die notwendig höchstpersönlichen Rechtshandlungen erstreckt, im Effekt zur Rechtsunfähigkeit (*jouissance des droits*) für diese höchstpersönlichen Rechtsgeschäfte wird ²⁴⁾.

Eine solche Rechtsunfähigkeit kann aber nur dort angenommen werden, wo sie eine klare Folge des Gesetzes ist. Dabei ist weiter zu beachten, dass Art. 502 C. c. nur in Verbindung mit Art. 450 C. c. richtig gewürdigt werden kann. Das bedeutet, dass die Handlungsunfähigkeit des Entmündigten ausgeglichen wird durch die Vertretungs-

24) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade Bd. III
No. 1559, Planiol-Ripert-Boulanger No. 797, Colin-Capitant de la Morandière No. 869.

macht seines Vormundes; sie kann daher auch nicht weitergehen, als dessen Macht reicht, seinen Mündel zu vertreten.

Insbesondere aber ist zu beachten, dass die Sondervorschriften über die Eheschliessung selbst dem Entmündigten in keiner Bestimmung das elementare Recht auf Eingehung einer Ehe verweigern ²⁵⁾, sondern deren Eingehung nur an die Voraussetzung der Willensfähigkeit zur Erreichung eines "consentement valable" binden.

Diese aber ist bei jenen Entmündigten im lucidum intervallum, natürlich betrachtet, gegeben.

Obwohl also die rechtliche Handlungsunfähigkeit grundsätzlich aus der Entmündigung allein bereits folgt, kann dies aus den dargelegten Gründen für die notwendig höchstpersönlichen Rechtsgeschäfte nicht gelten, soweit das Gesetz im Einzelfalle diese Folge nicht besonders ausspricht ²⁶⁾.

Die Gegner dieser Ansicht ²⁷⁾ stützen sich vor allem auf zwei Erwägungen. Einmal verbiete es das Interesse des Staates an der Ehe als der wesentlichsten Gemeinschaft im Leben eines Volkes und die Gefährdung sozialer Interessen durch die zu erwartende Nachkommenschaft, eine Ehe geisteskranker Personen zuzulassen. Die Berechtigung dieser Ansicht als solche mag zugegeben werden. Sie darf jedoch nicht dazu führen, dem Eheschliessungsrecht des Code civil eugenische Erwägungen die ihm völlig fremd sind, der Wirkung nach zu unterstellen. Die genannten Überlegungen mögen de lege ferenda durchaus von Wert sein, de lege lata können sie keine Berücksichtigung finden ²⁸⁾.

25) Hierauf verweist mit besonderem Nachdruck Beudant No. 552, der zwar aus Art. 489, 502, C.c. die gesetzlich unwiderlegliche Vermutung der Willensunfähigkeit im Falle einer Entmündigung schliesst, diese Folge jedoch für die Eheschliessung nicht gelten lässt, da das natürliche Recht auf Eingehung einer Ehe nicht implicite, sondern nur explicite in Form eines unzweideutigen Gesetzestextes genommen werden könne.

Zum anderen stützen sich diese Autoren auf die Vorschrift des Art. 174 Ziff. 2 C.c. (gleichlautend), welche sogar entfernteren Verwandten den förmlichen Einspruch gegen die Eheschliessung unter Hinweis auf die Geisteskrankheit des einen Ehemülligen gestattet. Doch erhält gerade diese Bestimmung ihren Sinn erst in Verbindung mit Art. 146 C.c., sodass der Hinweis auf eine Entmündigung allein nicht genügt, sondern eine die Willensfähigkeit ausschliessende Geisteskrankheit im Augenblick des förmlichen Einspruchs behauptet und gegeben sein muss ²⁹⁾. Dies aber ist gerade in dem hier interessierenden Fall eines lichten Zwischenraums nicht gegeben.

Auch das Argument, die Entmündigung habe den Sinn, den Entmündigten unter einen umfassenden Schutz zu stellen ³⁰⁾, kann für sich allein keine Bedeutung in diesem Zusammenhang erlangen. Der Entmündigte bedarf dieses Schutzes im lucidum intervallum zumindest nicht in solchem Umfange, als dass ihm aus diesem Grunde allein das natürliche Recht auf Eingehung einer Ehe abgesprochen werden dürfte.

26) Planiol-Ripert-Savatier No.692, Planiol-Ripert-Boulanger No.797, Aubry-Rau-Esmein § 464, Colin-Capitant- de la Morandière No.869, Huc Bd.II No.17; für das vornapoleonische Recht schon Pothier No.92

27) De Page No.583, Rouast No.97, Josserand Bd.I No.703.

28) Es sei auf die obigen Ausführungen verwiesen, in denen betont wurde, dass die Rechte des Code civil die Geisteskrankheit gerade nicht zu einem Ehehindernis in se entwickelt haben.

29) Laurent Bd.II No.386, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade Bd.III No.1641 und vor allem Tribunal Vervins vom 21.Juli 1910 in Sir.1911.2.125.

30) Wie dies vor allem die Entscheidung Bruxelles (Brüssel) vom 20.12.1893 in Pas.belge 1894.II 189 (191).betont.

Die genannten Argumente vermögen demnach nicht, das oben gewonnene Ergebnis zu beeinträchtigen. Nach den Rechten des Code civil ist daher auch einem wegen Geisteskrankheit Entmündigten die Eheschliessung möglich, wenn er sich im lucidum intervallum befindet. Im Streitfalle trägt er dafür die volle Beweislast³¹⁾. Allerdings stellt sich die Entmündigung praktisch, - das darf nicht übersehen werden - als ein Hindernis für die geplante Eheschliessung dar, da sie zumindest die Vermutung der bestehenden Geisteskrankheit in sich trägt. Dem Standesbeamten muss daher das Recht eingeräumt werden, die beabsichtigte Eheschliessung eines Entmündigten zu verweigern³²⁾. Dem Entmündigten steht dann aber frei, eine gerichtliche Entscheidung unter Berufung auf den von ihm behaupteten lichten Zwischenraum herbeizuführen.

- 3) Die Rechtsprechung gelangt in Frankreich unter Anwendung der hier vertretenen Grundsätze zu dem genannten Ergebnis³³⁾, während die belgische Rechtsprechung aufgrund der dargelegten Gegenansichten zu dem Ergebnis gelangt, ein wegen Geisteskrankheit Entmündigter könne auf keinen Fall während der Dauer seiner formellen Ent-

31) Aubry-Rau-Esmein § 464 Ziff. 1 und Fußnote 6, Trib. Châlons-sur-Marne vom 5.3.1909 in D.P.1909.5.47.

32) Aubry-Rau-Esmein § 464.

33) Cass.vom 12.Nov.1844 in Sir.1845.1.246; Trib.Châlons sur-Marne vom 5.März 1909 a.a.O.; Trib.Vervins vom 21.Juli 1910 in Sir.1911.2.125; Poitiers vom 20. Dez.1933 in Sir.1934.2.23. - Siehe auch Cass. vom 9.Nov.1887 in D.P.1888.1.161.

- mündigung die Ethewillenserklärung wirksam abgeben.^{34), 35)}
- 4) Neben dieser dargelegten interdiction judiciaire kennt das französische und belgische Recht weiterhin die sogenannte interdiction légale (Art.29 ff Code pénal

- 34) Cass.belge vom 21.Februar 1895 in Pas.belge 1895. I.109 mit einer sehr eingehenden Begründung unter Auseinandersetzung mit der gesamten Lehre und Heranziehung der Gesetzesmaterialien; Brüssel vom 20. Dec. 1893 in Pas.belge 1894.II.189.
- 35) Interessant ist, dass die Entscheidungen des Appellhofes von Brüssel (zit. unter No.16) und des Tribunal Vervins (zit. unter No.15) bei gleicher Argumentation zu entgegengesetzten Ergebnissen in dieser Frage gelangen. Bei den Gesetzesberatungen zum Code civil war nämlich eine Bestimmung mit folgendem Wortlaut vorgeschlagen worden: "Sont incapable de contracter mariage: 1) L'interdit pour cause de démence ou de fureur...". während nun die belgische Entscheidung annimmt, diese Bestimmung sei als überflüssig im Hinblick auf die gesetzlichen Regeln der Entmündigung bezeichnet worden, geht die französische Entscheidung unseres Erachtens mit Recht davon aus, dass der Gesetzgeber die Frage nur unter Heranziehung des Art.146 C.c. gelöst wissen wollte. Letztlich sei noch auf das Ergebnis der Beratungen der französischen Kommission zur Reform des Code civil in dieser Frage hingewiesen: Art.9 Abs. II des Vorentwurfes lautete: "Les aliénés interdits ou internés ne peuvent pas contracter mariage." Der Vorschlag wurde jedoch sowohl in den Beratungen des Unterausschusses als auch in denen des Hauptausschusses wieder fallengelassen (Travaux, Jahrg. 1946/47 S.383, 385, 468 f.) mit der Begründung, ein solches Eheverbot sei unbillig und vor allem im Hinblick auf uneheliche Kinder, die durch eine solche Ehe legitimiert werden sollen, nicht zu vertreten - den Tatbestand eines lucidum intervallum natürlich immer vorausgesetzt. Die Kommission, der die größten Kapazitäten der französischen Privatrechtswissenschaft angehören, geht also davon aus, dass nach geltendem Recht die Entmündigung eine Eheschliessung nicht verhindert und will diesen Rechtszustand auch weiterhin aufrechterhalten wissen.

francais, Art. 20 ff Code pénal belge) als Folge besonders langer und ehrenrühriger Freiheitsstrafen. Es handelt sich hierbei um eine Entmündigung die ipso iure mit der Verurteilung eintritt und den Verurteilten auf die Dauer seiner Inhaftierung der rechtlichen Handlungsfähigkeit in gewissem Umfange beraubt. Art. 29 Code pénal fr. und Art. 20 Code pénal belge verweisen hinsichtlich der näheren Ausgestaltung dieser Entmündigung auf die Art. 405 ff. C.c., also die Vorschriften über die Bestellung und die Aufgaben eines Vormundes. Damit blieb aber der Umfang der Entmündigung im wesentlichen ungeklärt. Der französische Kassationshof hat dann in einer Entscheidung ³⁶⁾ den Umfang dieser Entmündigung dem einer Art von Vermögensverwaltung gleichgesetzt, sie dagegen nicht als eine allgemeine Handlungsunfähigkeit insbesondere im Hinblick auf höchstpersönliche Rechtsgeschäfte, aufgefasst.

Es war und ist in der Folge unbestritten, dass der interdit légal in der Lage ist eine Ehe zu schließen ^{37) 38)}.

36) Cass.fr.vom 27.Februar 1883 in D.P.1883.1.113 (In dieser Entscheidung wurde die Testierfähigkeit des interdit légal bejaht; sie kann, da es sich dabei ebenfalls um ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft handelt, daher auch für die Eheschliessung herangezogen werden).

37) Colin-Capitant-de la Morandière No.869, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade Bd.III No.1559 Aubry-Rau-Esmein § 451 bis, Voirin No.340, Heinheimer-Wolff Anm.zu Art.146 C.c., Curti S.27 unter II Zu beachten ist hier auch das französische Dekret vom 24.März 1866, das die Eheschliessung deportierter Häftlinge betrifft und in Art. 1 formuliert: "...s'ils veulent contracter mariage...", also von der gesetzlichen Möglichkeit einer solchen Eheschliessung ausgeht.

38) Die hier aufgezeigte Regelung lässt sich aber nicht als Argument für die oben dargelegte Frage verwenden, ob der wegen Geisteskrankheit Entmündigte (interdit judiciaire) im lucidum intervallum eine Ehe schliessen kann, da Lehre und Rechtsprechung der Wirkung nach zwei Arten von Entmündigungen

Dem Ergebnis der Lehre und Rechtsprechung muss ohne Vorbehalt zugestimmt werden, da auch einem Strafgefangenen das Recht zur Eheschliessung nur durch eine unmissverständliche gesetzliche Bestimmung genommen werden könnte.

- 5) Letztlich kann einem Verschwender und einem Geisteschwachen (*faible d'esprit*) die Handlungsfähigkeit durch Urteil teilweise entzogen werden (Art. 499, 513 C.c., gleichlautend). Da jedoch in diesen Bestimmungen diejenigen Rechtshandlungen erschöpfend aufgezählt sind, die der Verschwender (*prodigue*) oder Geistesschwache nicht ohne Mitwirkung seines Pflegers (*curateur*) vornehmen kann, die Eheschliessung dabei aber nicht erwähnt ist, bestehen keine Zweifel, dass diese Personen zur Eheschliessung voll willens- und damit handlungsfähig sind ³⁹⁾.
- 6) Die Eheschliessung eines Willensunfähigen ist nach französischem Recht seit der Novelle vom 8.2.1933 zu Art. 184 C.c.fr. absolut vernichtbar. Früher war diese Frage lebhaft umstritten; sie ist es zum Teil auch heute noch in Belgien und Luxemburg, die eine entsprechende Gesetzesänderung nicht beschlossen haben. Von den Verfassern des Code civil war nämlich die Bestimmung des
-
- 38) Fortsetzung:....unterscheiden: Die umfassende interdiction judiciaire (die sich aber auch nach der dargelegten französischen, hier ebenfalls vertretenen Ansicht, nicht ipso iure auf notwendig höchstpersönliche Rechtsgeschäfte erstreckt) und die interdiction légale, die im wesentlichen nur als eine umfassende Vermögensverwaltung aufgefasst wird. Diese Unterscheidung von interdiction judiciaire und interdiction légale hat gerade die oben zitierte Entscheidung des französischen Kassationshofes vom 27. Febr. 1883, besonders betont; indem sie die Vorentscheidung (Nancy vom 8. Mai 1880) gerade wegen der dort angenommenen rechtlichen Gleichstellung von interdiction judiciaire und interdiction légale aufhob.

Art. 146 C.c. nicht in den Katalog der Nichtigkeitsgründe der Art. 180 ff C.c. aufgenommen worden.

Die Literatur schloss in der Folge teilweise aus dem Wortlaut der genannten Vorschrift des Art. 146 C.c., daß es sich um einen Fall der Nichtehe (mariage inexistant), teilweise, dass es sich um den Fall einer offenbaren absoluten Vernichtbarkeit (nullité virtuelle absolue) handle ⁴⁰⁾. Die Rechtsprechung hat dagegen ständig im Anschluss an Art. 180 C.c. (gleichlautend) die Ansicht vertreten, ein Verstoss gegen Art. 146 C.c. führe nur zu einer relativen Vernichtbarkeit (nullité relative ⁴¹⁾⁴²

39) Demolombe Bd. III No. 21, Heinsheimer-Wolff Anm. zu Art. 513 C.c. und zu Art. 146 C.c., Fuzier-Herman No. 10 zu Art. 146 C.c.
Cour d'Agen vom 21. Juli 1857 in Sir. 1857.2.530.
Herrschende Meinung.

40) Beudant Bd. I No. 205, Bd. II No. 623 (Übersicht).
De Page No. 583, 658, 659 sowie Fußnote 1 auf S. 647.

41) Cass. fr. vom 9. Nov. 1887 in Sir. 1887.1.461 mit ausführlicher Begründung; Tribunal de la Seine vom 4. März 1926 in Gaz. Pal. 1926.I.604; Gand vom 2. Juni 1902 in Pas. belge 1903.II.8. Dagegen mehr in Richtung auf eine absolute Vernichtbarkeit: Cass. belge vom 21. Febr. 1895 in Pas. belge 1895.I.109.

42) Die nullité relative der Rechte des Code civil - ebenso wie die nullité absolue kein gesetzestechnischer Ausdruck sondern von der Lehre auf Grund der gesetzlichen Wirkungen herausgearbeitet - entspricht nicht der Aufhebbarkeit der Ehe nach deutschem Recht sondern in etwa der dem BGB früher bekannten Anfechtbarkeit der Ehe; d.h. die Ehe wird auch im Falle einer nullité relative durch die Gerichte mit Wirkung ex tunc vernichtet, nur dass dieses Verfahren nicht, wie bei der nullité absolue, von jedem Interessierten eingeleitet werden kann, sondern nur von einzelnen, im Gesetz jeweils erschöpfend aufgezählten Personen.

Wir werden diesen Fragenkreis im 3. Kapitel im Zusammenhang mit ähnlichen Problemen dieser Art noch genauer erörtern.

II

Das deutsche Eheschliessungsrecht hat im Gegensatz zu den Rechten des Code civil den verschiedenen Möglichkeiten einer ausnahmsweisen Willensunfähigkeit besondere Tatbestände gewidmet, die in den §§ 104, 105 BGB geregelt sind und auf welche die §§ 2 und 18 EheG 46 verweisen.

- 1) Wurde gegen eine Person das Entmündigungsverfahren wegen Geisteskrankheit durchgeführt, so wird sie mit der die Entmündigung aussprechenden Entscheidung geschäftsunfähig und ist damit nicht mehr in der Lage, selbst ihren Willen rechtlich relevant zu äußern (§ 104 Ziff. 3). Diese unwiderlegliche Vermutung der absoluten Willensunfähigkeit erstreckt sich auch auf die Eheschliessung. Zwar hätten sich Bedenken der gleichen Art, wie sie im vorgehenden für die Rechte des C.c. dargelegt wurden, ergeben können, da diese Personen damit jegliche Möglichkeiten einer Eheschliessung verlieren. Doch ist diese Folge in § 2 EheG 46 eigens erwähnt und damit nicht mehr zu bezweifeln.

Nach deutschem Recht kann also ein wegen Geisteskrankheit Entmündigter auch im lucidum intervallum eine Ehe nicht eingehen.

- 2) Den Umfang der Willensunfähigkeit des nicht entmündigten Geistesgestörten regeln die Vorschriften der §§ 104 Ziff. 2 und 105 Abs. II BGB. Voraussetzung beider Vorschriften ist zunächst die medizinische Feststellung einer geistigen Anomalie ⁴³⁾. Weiter ist beiden Vor-

43) Die Unterscheidung zwischen den sonst vom Gesetz gebrauchten Begriffen "Geisteskrankheit" und "Geisteschwäche" muß hier nicht getroffen werden; denn beide Begriffe meinen nur verschiedene Grade einer geistigen Anomalie, die allein hier interessiert.

schriften gemeinsam, dass die Störung der Geistestätigkeit die Willensunfähigkeit auch tatsächlich bedingen oder, mit den Worten des Gesetzes, die freie Willensbestimmung ausschliessen muss. Dies verlangt die Vorschrift des § 104 Ziff. 2 BGB ausdrücklich, während es nach dem Wortlaut des § 105 Abs. II zunächst den Anschein hat, als knüpfe das Gesetz die Folge der Willensunfähigkeit in diesen Fällen allein an den äusseren Tatbestand, ohne Rücksicht darauf, ob er im Einzelfall auch tatsächlich zu einer Willensunfähigkeit, d.h. zu einem Ausschluss der freien Willensbestimmung führt.

Eine solche Lösung wäre aber völlig unverständlich gewesen, da doch der oben genannte Tatbestand des § 104 Ziff. 2 BGB wesentlich schwerwiegender ist als die des § 105 Abs. II BGB, dort aber dennoch das zusätzliche Merkmal des Ausschlusses der freien Willensbestimmung gefordert wird.

Das Reichsgericht hat daher in richtiger Erkenntnis der gesamten Interessenlage unter Anwendung des Schlusses a fortiori dieses Tatbestandsmerkmal auch für die Fälle des § 105 Abs. II BGB gefordert ⁴⁴⁾ und die Lehre ^{ist} dieser Ansicht einmütig gefolgt ⁴⁵⁾.

Diese Lösung ergibt sich im übrigen auch unmittelbar aus der Systematik des Gesetzes direkt: Nur in den Fällen des § 104 Ziff. 1 (Minderjähriger unter 7 Jahren) und des § 104 Ziff. 3 (entmündigter Geisteskranker) hat das

44) Grundlegend RGZ 74 S.110 ff; ebenso RGZ 103 S.400 und 162 S.228.

45) Gerold Anm. 4 zu § 18 EheG 46, v.Godin Anm. 2 zu § 2 EheG 46, Hoffmann-Stephan Anm. 3A zu § 2 EheG 46, Palandt-Lauterbach Anm. 3, RGRKomm. 10.Aufl.Anm. 3, Soergel 8.Aufl. Anm. 2b, Staudinger 10.Aufl. Anm. 9 je zu § 104 BGB.

Gesetz eine unwiderlegliche Vermutung hinsichtlich der Willensunfähigkeit aufgrund rein äußerer Tatbestände normiert, im übrigen aber auf die tatsächliche Willensunfähigkeit abgestellt.

In ihren Voraussetzungen unterscheiden sich die beiden Vorschriften allein dadurch, dass § 104 Ziff. 2 BGB einen "nicht nur vorübergehenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit" verlangt, während § 105 Abs. II BGB gerade die nur "vorübergehende Störung der Geistestätigkeit" regelt. Ob die eine oder die andere Vorschrift anzuwenden ist, wird im Einzelfall nur unter Beachtung des medizinischen Krankheitsbildes beantwortet werden können.

In ihren Wirkungen unterscheiden sich die beiden Vorschriften an sich erheblich; denn liegen die Voraussetzungen des § 104 Ziff. 2 BGB vor, so bestimmt das Gesetz die ganz allgemeine Willensunfähigkeit dieser Person. § 105 Abs. II beseitigt dagegen nur die Willensfähigkeit des Geistesgestörten für den einzelnen Augenblick, in dem die Willenserklärung abgegeben wird, und das auch nur im Hinblick auf diese; im übrigen - z.B. im Hinblick auf den Zugang von Willenserklärungen - beseitigt eine unter § 105 Abs. II BGB fallende Störung der Geistestätigkeit die Willensfähigkeit der betreffenden Person nicht.

Für die Frage des Eheschliessungsrechts spielt jedoch dieser Unterschied in den Wirkungen keine Rolle; denn zur Abgabe der Ehwillenserklärung ist die betreffende Person nach beiden Vorschriften absolut willensunfähig.

Die Frage nach einem lucidum intervallum kann für die Vorschrift des § 105 Abs. II BGB nicht von Bedeutung werden, da das Gesetz in dieser Bestimmung allein auf den Augenblick der tatsächlichen Abgabe der Willenserklärung abhebt. Die Untersuchung der Willensunfähigkeit erstreckt sich also nur auf diesen kurzen Augenblick,

der nicht noch durch einen lichten Augenblick unterbrochen werden kann.

Dagegen hebt das Gesetz in § 104 Ziff. 2 BGB nicht auf den Augenblick der Abgabe der Willenserklärung, sondern auf den geistigen Zustand des Ehemülligen während einer nicht nur kurzen Zeit ab. Konnte für diesen Ehemülligen ein die freie Willensbestimmung ausschliessender und nicht nur vorübergehender Zustand geistiger Störung festgestellt werden, so kann dieser durchaus von einem lichten Augenblick unterbrochen werden.

Fraglich ist nur, ob ein solches lucidum intervallum im Rahmen der Vorschrift des § 104 Ziff. 2 BGB i.V.m. § 2 EheG 46 auch berücksichtigt werden kann mit der Wirkung, dass die sich gerade aus dieser Vorschrift ergebende Willensunfähigkeit nicht eintritt. Denn der nicht nur vorübergehende Zustand einer geistigen Störung bleibt auch im lichten Augenblick bestehen ⁴⁶⁾.

In der Literatur wird diese Frage ohne weitere Untersuchungen und ohne eine Begrenzung bejaht ⁴⁷⁾.

46) Unter einem lucidum intervallum kann nämlich nur der Wiedereintritt der Fähigkeit zu vernünftigem Denken trotz Fortbestehens des medizinischen Krankheitsbildes verstanden werden. Denn entfällt schon letzteres, so liegt überhaupt keine geistige Störung mehr vor; und auch medizinisch könnte ein solcher Fall, selbst wenn die Krankheit später wieder ausbrechen sollte, nicht als ein "lucidum intervallum" bezeichnet werden.

47) Palandt Anm. 3 zu § 104 BGB. RGRKomm. 10. Aufl. Anm. 3 zu § 104 BGB Soergel, 8. Aufl. Anm. 2b zu § 104 BGB, Staudinger, 10. Aufl. Anm. 9 zu § 104 BGB, Hoffmann-Stephan Anm. 3A zu § 2 EheG 46.



Dem können wir zumindest nicht in diesem Umfange zustimmen.

War zur Zeit der Abgabe der Ehwillenserklärung ein grösseres lucidum intervallum gegeben ⁴⁸⁾, so muss dieses allerdings im Rahmen dieser Vorschrift berücksichtigt werden. Denn es bewirkt, dass der Zustand der geistigen Störung die freie Willensbestimmung gerade nicht beeinträchtigt. Und es muss auch hier der Grundsatz gelten, dass das generell freie Recht auf Eingehung einer Ehe nicht über die im Gesetz ausdrücklich enthaltenen Beschränkungen hinaus beeinträchtigt werden darf ⁴⁹⁾. Vor allem aber hat auch das deutsche Recht die Störung der Geistestätigkeit nicht zu einem eigenen Hindernis der Eheschliessung entwickelt.

Dagegen darf nicht übersehen werden, dass das Gesetz andererseits in § 104 Ziff. 2 BGB gerade nicht auf die in Frage stehende Willenserklärung abstellt, sondern die Willensfähigkeit von einem allgemeinen Zustand her beurteilt wissen will.

Würde man daher die Behauptung, die Ehwillenserklärung sei gerade in einem kurzen lichten Augenblick abgegeben worden, auch berücksichtigen, so wäre diese Zielsetzung des Gesetzes beseitigt; denn nunmehr müsste doch allein die Willensfähigkeit im Hinblick auf diese Erklärung untersucht werden. Das Gesetz zeigt also in der Vorschrift einen Widerspruch zwischen einem seiner Tatbestandsmerkmale und seinem Bestreben, nicht auf

48) Wir denken etwa daran, dass sich dieses lucidum intervallum selbst zu einem nicht nur vorübergehenden Zustand entwickelt hat.

49) Siehe oben unter B I die Ausführungen zu dem gleichen Fragenkreis nach den Rechten des Code civil.

die einzelne Willenserklärung in diesem Zusammenhang abzuheben. Für einen nur kurzen lichten Augenblick muss letzterem der Vorzug gegeben werden ⁵⁰⁾. Denn sonst würde praktisch der Unterschied zwischen den Bestimmungen der §§ 104 Ziff. 2 und 105 Abs. II BGB beseitigt, der schliesslich nicht nur in einer Beweisumkehrung zu Lasten des Geistesgestörten gesehen werden kann ⁵¹⁾.

50) Wir vermuten, dass dem Bearbeiter des Reichsgerichtsräte-Kommentars in Anm. 3 a.E. zu § 140 BGB ein ähnlicher Gedanke vorgeschwebt hat, wenn dort zu lesen ist: "...kann für die Zeit der lichten Zwischenräume volle Geschäftsfähigkeit... angenommen werden; allerdings dann nicht, wenn das allgemeine Vorhandensein eines Zustandes im Sinn des § 104 Ziff. 2 BGB nachgewiesen worden ist." In dieser Formulierung aber ist dieser Satz falsch; denn es ist ja gerade Voraussetzung dieser Vorschrift, dass ein "nicht nur vorübergehender Zustand" vorliegt und nachgewiesen ist. Ist ein solcher Zustand aber nicht gegeben, so kann sich die Frage nach einem *lucidum intervallum* überhaupt nicht stellen, da dann die Voraussetzungen des § 104 Ziff. 2 BGB nicht erfüllt sind. Siehe in diesem Zusammenhang auch RG in WarnE 1914 Nr.107 und 1928 Nr.167.

51) Ob diese Vorschriften der §§ 104 Ziff. 2 und 105 Abs. II BGB den medizinischen Erkenntnissen auf dem Gebiete geistiger Erkrankungen gerecht werden können, erscheint uns zweifelhaft. Man denke etwa an das Krankheitsbild des manisch depressiven Irreseins. Diese Krankheit tritt überwiegend auf bei intellektuell befähigten und geschulten Personen und beschränkt sich häufig auf zeitlich weit auseinanderliegende Anfälle. Die Krankheit selbst aber besteht fort. Ein "nicht nur vorübergehender Zustand" im Sinne des § 104 Ziff. 2 BGB ist also gegeben. Diese Personen wären also darauf angewiesen, der aus dieser Vorschrift folgenden absoluten Willensunfähigkeit jeweils mit dem Einwand des *lucidum intervallum* zu begegnen, das sie zudem nachweisen müssten. Wir glauben daher, daß es gerechtfertigt ist, nur solche längeren Störungen der Geistestätigkeit unter § 104 Ziff. 2 BGB zu subsumieren, die auch eine längere natürliche Willensunfähigkeit nach sich ziehen müssen (Schizophrenie). Dagegen sollte man die Fälle einer zwar längeren oder gar dauernden geistigen Erkrankung, die aber nur einen gelegentlichen und zeitlich kurzen Ausschluss der freien Willensbestimmung nach sich ziehen, nach § 105 Abs. II BGB behandeln.

- 3) Die verbleibenden Möglichkeiten einer natürlichen und vorübergehenden Willensunfähigkeit, die vor allem durch äussere Einflüsse (Alkohol, Drogen, Hypnose) veranlasst sein kann, sind ebenfalls in der Bestimmung des § 105 Abs. II BGB geregelt. Für sie gelten dieselben Grundsätze, wie sie bereits im Vorgehenden zu dieser Vorschrift entwickelt worden sind.
- 4) Eine im Zustand der Willensunfähigkeit geschlossene Ehe ist vernichtbar. Sie wird jedoch "geheilt", wenn die Willensunfähigkeit später entfällt und der betreffende Ehepartner dann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt, dass er die Ehe fortsetzen wolle (§ 18 EheG 46).
- 5) Während nun, wie dargelegt wurde, die Rechte des Code civil einer eingeschränkten Willensfähigkeit, wie sie insbesondere durch Geistesschwäche bedingt sein kann, für die Eheschliessung keine Bedeutung beimessen, berücksichtigt das deutsche Recht diese Fälle, jedoch auch nur insoweit, als die betreffende Person entmündigt worden ist. Durch die Entmündigung, die nicht nur wegen Geisteschwäche ⁵²⁾ sondern auch wegen Verschwendung und Trunksucht, also Fällen, welche die Willensfähigkeit als solche nicht berühren, ausgesprochen werden kann, wird der Betreffende einem Minderjährigen über 7 Jahre, einem sogenannten beschränkt Geschäftsfähigen, gleichgestellt. Das gleiche gilt von einer Person, gegen die ein Entmündigungsverfahren läuft und die gemäss § 1906 BGB bis zu dessen Abschluss unter vorläufiger Vormundschaft gestellt wurde. Auch diese gesetzliche Vermutung ist unwiderleglich, §§ 3/I EheG

52) Es ist dies eine, medizinisch feststellbare, Störung der Geistestätigkeit geringeren Grades. Siehe oben Fußnote 43.

i.V.m. §§ 114, 107 ff BGB.

Es gelten also dieselben Regeln, wie sie oben bei Darlegung der beschränkten Geschäftsfähigkeit eines Minderjährigen über 7 Jahre bereits erörtert wurden. Der so Entmündigte ist in der Lage und muss selbst die Eheerklärung abgeben, bedarf aber zu deren Gültigkeit der rechtsgeschäftlichen Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, hier seines Vormundes. Versagt der Vormund seinem Mündel die Einwilligung zur Eheschliessung, so steht auch hier dem Mündel die Möglichkeit offen, gemäss § 3 Abs. III EheG 46 eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes herbeizuführen⁵³⁾.

In allen Fällen, in denen eine Eheschliessung ohne die erforderliche Einwilligung des Vertretungsberechtigten erfolgte, oder ohne dass diese durch das Vormundschaftsgericht ersetzt wurde, unterliegt die Ehe nicht der Vernichtung sondern nur der Aufhebung gemäss § 30 Abs. I EheG 46. Auch diese Aufhebbarkeit kann geheilt werden, einmal durch eine nachträgliche Genehmigung des Vertretungsberechtigten (§ 30 Abs. II EheG 46) oder eine nachträgliche Ersetzung dieser Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht (§ 30/III EheG), zum anderen durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung seitens des beschränkt Willensfähigen selbst, wenn dieser die volle Willensfähigkeit erlangt hat.

C Die wesentlichsten Differenzen der beiden Rechtssysteme zu diesem Fragenkreis sind demnach in folgenden Punkten zu sehen:

53) Siehe oben unter A II Ziff. 7.

- a) Die Willensunfähigkeit eines Minderjährigen dauert nach den Rechten des Code civil bis zur Erreichung der Ehefähigkeit, während sie nach deutschem Recht mit dem Alter von 7 Jahren in die beschränkte Willensfähigkeit übergeht.
- b) Der wegen Geisteskrankheit Entmündigte kann nach jenen Rechten im lucidum intervallum eine Eheschliessung⁵⁴⁾, nach deutschem Recht ist er dazu nicht in der Lage.
- c) Die Entmündigung wegen Geistesschwäche oder Verschwendung ist den Rechten des Code civil zwar bekannt, sie wird aber im Rahmen der Eheschliessung nicht berücksichtigt. Der so Entmündigte behält im Hinblick auf die Eheschliessung seine volle Willensfähigkeit. Das deutsche Recht dagegen verlangt in diesen Fällen die rechtsgeschäftliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters dieser Personen zur Eheschliessung⁵⁵⁾.

54) Die belgische Judikatur ist anderer Ansicht; siehe oben unter B I Ziff. 3.

55) Rechtspolitisch ist keine dieser beiden Lösungen glücklich. Denn nach den Rechten des Code civil ist allein der Wille des "Schwachen" massgebend. Es gibt keine Möglichkeit, ihn von einer unzweckmässigen Entscheidung dieser Art abzuhalten. Nach deutschem Recht muss zwar ein Vormund in die Eheschliessung einwilligen. Zum Vormund solcher Personen wird aber in der Regel eine mit soziologischen und psychologischen Fragen nicht vertraute Person bestimmt. Es genügt aber nicht, dass ein solcher Vormund nur selbst gesund ist, zur Entscheidung einer derartigen Frage müsste er besondere Kenntnisse und Erfahrungen besitzen. Stimmt der Vormund nach deutschem Recht einer Eheschliessung des "Schwachen" zu, so kann diese ebenfalls durch keine Instanz mehr verhindert werden. Der Schutz des "Schwachen" ist also nach deutschem Recht zwar theoretisch gegeben, praktisch ist er aber ungenügend.

- 2) Noch bedeutsamer aber ist ein Vergleich der verschiedenen Sanktionen bei Verstössen gegen diese Regeln: Nach beiden Rechten ist die Ehe eines Willensunfähigen vernichtbar. Zu beachten ist aber, dass nach den Rechten des Code civil die Willensunfähigkeit eines Minderjährigen bis zum Ehefähigkeitsalter reicht, während sie nach deutschem Recht mit dem vollendeten 7. Jahr endigt. Da zudem das deutsche Recht, wie schon gezeigt, den Mangel der Ehefähigkeit keinen Sanktionen unterwirft, ist die Ehe von Minderjährigen über 7 Jahren nur aufhebbar, soweit der gesetzliche Vertreter des beschränkt Willensfähigen nicht in die Eheschliessung eingewilligt hat. Sie ist endgültig unangreifbar, wenn diese Genehmigung vorlag. Das bedeutet, dass keine Behörde, insbesondere auch nicht der Staatsanwalt, gegen eine solche Ehe vorgehen kann. Das Ergebnis ist überraschend, denn es kommt einer Tolerierung von Kinderehen gleich, was dem Gesetzgeber sicher fernelegen hat.

Auch das Vorliegen einer offensichtlichen Vernichtbarkeit kann für diesen Fall nicht angenommen werden, da § 16 EheG 46 ausdrücklich die gesetzlich erschöpfende Aufzählung aller möglichen Nichtigkeitsgründe erwähnt. Es muss daher dem deutschen Gesetzgeber nahegelegt werden, die offenbare und sicher ungewollte Lücke im Gesetz zu beseitigen ⁵⁶⁾. Es mag dies durch eine Umformulierung

56) Es möge uns auch nicht der Vorwurf gemacht werden, eine theoretische Möglichkeit zu einer realen Gesetzeslücke aufgebauscht zu haben. Es ist eine allbekannte Tatsache, dass die körperliche Reife z.B. bei jungen Mädchen heute in vielen Fällen früher eintritt, als sie es noch vor 2 Jahrzehnten tat. Damit verbunden ist aber die gesamte äussere Erscheinung, so dass der Standesbeamte, soweit ihm das Alter nicht aus den Papieren richtig bekannt wird - aber wie leicht ist ein Fehler oder eine Täuschung geschehen - sehr wohl getäuscht werden kann. Nach richtiger Auffassung von der Ehe als einer vornehmlich sittlichen

des § 1/I EheG von einer "Soll"-vorschrift in eine "Muß"-vorschrift und durch gleichzeitige Einfügung einer entsprechenden Sanktion unter die Nichtigkeitsgründe der §§ 16 ff EheG geschehen.

56) Fortsetzung ... Lebensgemeinschaft, kann aber die Ehe einer, wenn auch vollentwickelten, 12-Jährigen nicht geduldet werden, ebensowenig wie etwa diejenige eines 16- oder 17-jährigen jungen Burschen.

§ 5

Die Willensmängel.

Wiederum ausgehend von der Erkenntnis, dass die Parteien bei der Eheschliessung vertragliche Willenserklärungen wechseln, ergibt sich nunmehr, nach der Behandlung der Willensfähigkeit, die Frage, ob und in welchem Umfange die hier zu untersuchenden Rechtsordnungen Fehler in der Willensbildung, sogenannte Willensmängel bei der Eheschliessung berücksichtigen ¹⁾.

Auch den Rechten des Code civil sind die Willensmängel in ihrer üblichen Dreiteilung in Irrtum (erreur), arglistige Täuschung (dol) und Drohung (violence) bekannt und finden als solche nach den Regeln des allgemeinen Vertragsrechtes eine weitgehende Berücksichtigung (Art. 1109 ff C.c., gleichlautend), teilweise sogar in einem weitergehenden Umfange als nach den allgemeinen Regeln des deutschen Rechtes (§§ 116 ff BGB).

Doch haben beide Rechtssysteme für das Eheschliessungsrecht Sondernormen geschaffen, so die Rechte des Code civil in den Art. 180 C.c., und Deutschland in den §§ 31 ff EheG 46, die sich in Frankreich, Belgien und Luxemburg sehr weitgehend von den allgemeinen Vorschriften entfernt haben, während sie sich im deutschen Recht eng an diese anlehnen.

Die Folge ist, dass gerade im Eheschliessungsrecht, im Gegensatz zum allgemeinen Recht der Willenserklärungen und Verträge, die Berücksichtigung von Willensmängeln stark differiert.

1) Die Frage ob Schein- oder Scherzerklärungen im Eheschliessungsrecht von Bedeutung werden können, soll ebenso wie die Untersuchung von Mängeln der Erklärung selbst, im 3. Kapitel erörtert werden.

A. Der Irrtum

- I 1) Zunächst hat es den Anschein, als sei auch auf den Irrtum bei der Eheerklärung die bereits ausführlich behandelte Vorschrift des Art. 146 C.c. anzuwenden. Doch betrifft diese Vorschrift, was sich zwar nicht ihrem etwas vieldeutigen Wortlaut, dagegen unzweideutig ihrer Entstehung entnehmen lässt, nur diejenigen Fälle, in denen eine rechtlich relevante Willenserklärung überhaupt nicht vorliegt, nicht dagegen solche, deren Fehler nur in der Willensbildung liegen. Es bleibt demnach nur Art. 180 C.c. (gleichlautend), der jedoch ebenfalls zu Zweifeln Anlass geben kann. Jeder Irrtum, mag er nun verschuldet oder unverschuldet sein oder gar auf arglistiger Täuschung beruhen, nimmt dem Irrenden die Freiheit der Willensentscheidung, da er infolge dieses Irrtums nicht mehr in der Lage ist, den äusseren Sachverhalt seinem eigentlichen Gehalte nach zu würdigen. Dieser Überlegung scheint die Vorschrift des Art. 180 Abs. I C.c. entgegenzukommen, indem sie von einem "consentement libre" spricht. Doch ergeben auch hier die Gesetzesberatungen, woran im übrigen weder die Lehre noch die Rechtsprechung je gezweifelt haben, dass "consentement libre" nur im unmittelbaren Sinne, d.h. im Hinblick auf gewaltmässige Eingriffe Dritter, zu verstehen ist.
- 2) Für die Regelung des Irrtums verbleibt damit nur mehr die Vorschrift des Art. 180 Abs. II C.c. (gleichlautend) ²⁾.

- 2) "Lorsqu'il a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur." =: "Lag (im Hinblick der Abgabe der Willenserklärung) ein Irrtum in der Person vor, so kann die Ehe nur von demjenigen der beiden Ehegatten angefochten werden, der in dem Irrtum befangen war."

Ihr klarer Wortlaut ergibt zunächst, dass der sogenannte Erklärungsirrtum, sowohl in seiner Form als Irrtum in der Erklärung selbst als auch als Irrtum über deren Bedeutung, nicht berücksichtigt wird. Dies ist, soweit darauf überhaupt eingegangen wird, auch unbestritten herrschende Lehre.

- 3) Zweifel bestehen nur darüber, was unter "Irrtum in der Person" zu verstehen ist.

Der Gesetzgeber des Code civil war, wie die Gesetzesberatungen ergeben, massgeblich durch die Lehren Pothiers beeinflusst, der nur den eigentlichen Irrtum über die Person, den sogenannten physischen Identitätsirrtum (erreur sur l'identité physique), anerkannte ³⁾.

Pothier war sich aber durchaus bewusst, dass es sich bei diesem Fall, der das praktisch kaum denkbare Unterschieben einer dritten Person voraussetzt, überhaupt nicht um einen Fehler in der Willensbildung, also einen Willensmangel handelt, sondern um das Fehlen einer übereinstimmenden Willenserklärung überhaupt. Denn wenn der A die B heiraten will und vor dem Standesbeamten die C unter Angabe der Personalien der B erscheint, A dann seinen Willen kund tut, die B, die gar nicht erschienen ist, ehelichen zu wollen, so liegt trotz der äusserlich konformen Erklärung mit derjenigen der C eine übereinstimmende Willenserklärung überhaupt nicht vor ⁴⁾.

- 3) Pothier No. 308-314 im Anschluss an das kanonische Recht, das den Eigenschaftsirrtum ebenfalls nicht berücksichtigt, dagegen wohl den Erklärungsirrtum.
4) Pothier No. 308, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade Bd. III No. 1719.

Dennoch wird dieser physische Identitätsirrtum in den Gesetzesberatungen ⁵⁾ ohne Unterscheidung neben eine Reihe echter Eigenschaftsirrtümer gestellt, wie etwa den Irrtum über die Staatsangehörigkeit oder die gesellschaftliche Stellung (Adel !). Diese letzteren Irrtumserscheinungen, welche unter dem Begriff "erreur sur la famille" (Irrtum über die Familie) als beachtlich zusammengefasst wurden, sollten ebenfalls im Rahmen dieser Vorschrift berücksichtigt werden.

Der Wille des Gesetzgebers, diese so verschiedenen Irrtumsformen innerhalb derselben gesetzlichen Vorschrift berücksichtigt zu sehen, hat seinen unmittelbaren Niederschlag im Gesetzeswortlaut gefunden. Statt der für den physischen Identitätsirrtum üblichen Formulierung "erreur sur la personne", braucht das Gesetzlich "erreur dans la personne".

Zunächst ergibt sich daraus, dass der Irrtum über die physische Identität des Ehepartners nicht im Rahmen seiner tatsächlichen Zugehörigkeit zu Art. 146 C.c. zu behandeln ist, sondern unter die Sondervorschrift des Art. 180 Abs. II C.c. fällt.

Zum anderen werden gewisse Erscheinungsformen des Eigenschaftsirrtums im Rahmen dieser Vorschrift berücksichtigt, welche von der Rechtsprechung und Lehre seit weit über hundert Jahren im Anschluss an den "erreur sur la famille" des Gesetzgebers unter dem Begriff "erreur sur l'identité civile" (Irrtum über den Personenstand) zusammengefasst werden.

Gerade dieser Begriff bereitet nun die grössten Schwierigkeiten.

5) Die hierzu einschlägigen Gesetzesmaterialien finden sich bei Locré Bd. IV und Bd. V sowie bei Fenet Bd. IX.

Seinem Wortlaut nach umfasst er alle Eigenschaften einer Person, die ihren Personenstand ausmachen. Da dieser Begriff dogmatisch nicht erfassbar und praktisch kaum verwertbar ist, wie Rouast (No.101) mit Recht betont, hat er zunächst zu einer sehr umfassenden Berücksichtigung des allgemeinen Eigenschaftsirrtums geführt ⁶⁾, obwohl der Gesetzgeber gerade dieses Ergebnis zu vermeiden gesucht hatte, indem er den Begriff des *erreur sur l'identité civile* an den des *erreur sur l'identité physique* anlehnte, der unbestreitbar keinen Eigenschaftsirrtum darstellt. Der Gesetzeswortlaut selbst ("*...erreur dans la personne*") lässt alle Möglichkeiten offen.

Dann aber hatten die vereinigten Senate des französischen Kassationshofs folgenden Fall zu entscheiden:

Ein vorzeitig entlassener, zu entehrender Freiheitsstrafe verurteilter Schwerverbrecher heiratete ein junges Mädchen aus guter Familie, ohne ihr von seiner Strafe berichtet zu haben. Die Nichtigkeitsklage der jungen Frau wurde mit der Begründung abgewiesen, Art. 180 Abs. II C.c. berücksichtige, abgesehen vom eigentlichen Irrtum über die Person, als Eigenschaftsirrtum nur solche Fälle, die den Personenstand eines der Ehegatten im gesamten erfassen, nicht dagegen einzelne persönliche Eigenschaften, mögen sie auch noch so schwerwiegend sein ⁷⁾.

- 6) So wurde der Nichtigkeitsklage einer streng katholischen Frau stattgegeben, deren Ehemann ihr verborgen hatte, dass er die Gelübde im Kloster abgelegt, dieses dann aber später wieder verlassen hatte. Auch dieser Fall wurde unter den Begriff des *erreur sur l'identité civile* gebracht. Boulogne vom 26.8.1853 in D.P.1853.3.56 Cass.vom 11.2.1861 in D.P.1861.1.49 ("*...il suffit qu'il y ait erreur sur des conditions, substantielles constitutives de cette personnalité*"). Ähnliche Fälle: Agen vom 6.7.1860 in Sir.1860.2.353. und Trib.Chaumont vom 9.6.1858 in D.P.1861.5.305. - Dagegen Laurent Bd. II No.293 ff.
- 7) Cass.chambres réunies vom 24.4.1862 in D.P.1862.1.153.

Diese Entscheidung wurde ausschlaggebend für die gesamte Lehre und Rechtsprechung der Folgezeit bis auf den heutigen Tag, mag sie inzwischen auch schon fast 100 Jahre zurückliegen⁸⁾.

Es darf nun aber nicht angenommen werden, dass diese ausserordentlich harte und häufig zu höchst unbefriedigenden Ergebnissen führende Ansicht nur die Folge einer engstirnigen Beachtung des Willens des Gesetzgebers ist. Dessen Vorstellungen verdienen heute bei den gänzlich veränderten sozialen Umständen kaum mehr wesentliche Beachtung zu dieser überwiegend rechtspolitischen Frage, mögen auch die einzelnen Urteile immer wieder auf sie zurückgreifen. Noch weniger ist sie etwa eine Folge der alten Ansicht Pothiers⁹⁾, auf die Eigenschaften des Ehepartners komme es bei rechtlicher Beurteilung überhaupt nicht an. Vielmehr war immer die Furcht bestimmend, eine Berücksichtigung des Eigenschaftsirrtums ausserhalb des auf engsten Raum beschränkten *erreur sur l'identité civile* würde zu einer uferlosen Ausweitung dieses Institutes, vor allem aber zu einer unkontrollierbaren, fallbedingten "Kadijurisdiktion" (*arbitraire*) führen¹⁰⁾. Insofern beschränken sich auch die, allerdings zahlreichen, kritischen Äusserungen auf Vorschläge *de lege ferenda*, die in zumeist kasuistischer Weise vorgetragen werden¹¹⁾.

8) De Page No.582 ff, Colin-Capitant-de la Morandière No.210, Beudant No.567 c, Savatier No.198, Planiol-Ripert-Boulanger No.803 ff, Rouast No.113, Aubry-Rau-Esmein Bd.VII § 467, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade Bd.III No.1738.

9) Pothier No.311.

10) So vor allem De Page No.585.

11) Rouast No.103, Josserand No.838.

Demgegenüber schlägt Beudant eine Formulierung vor, die im wesentlichen auf die Vorschrift des § 32 Abs. I EheG 46 hinauskommt: "Erreur sur des qualités substantielles qui dans la situation sociale de la victime sont normalement déterminante et dont

Vor allem aber finden auch aus diesem Grunde die gelegentlichen Verstösse von Unter- und Mittelgerichten, Irrtümer über wesentliche Eigenschaften eines der Ehegatten (qualités substantielles) im Rahmen einer durchaus möglichen weitergehenden Auslegung des Art. 180 Abs. II C.c. zu berücksichtigen¹²⁾, keinerlei Echo.

-
- 11) Fortsetzung l'erreur était en fait la cause impulsive et déterminante du mariage.." Ähnlich Aubry-Rau-Esmein § 462 S. 104 ff. und Demolombe Bd. III No. 253. Interessant ist dabei, dass auch diese Vorschläge der Lehre immer nur de lege ferenda vorgebracht werden, nicht dagegen als Vorschläge an die Gerichte, sich einer moderneren, konstruktiven Interpretation des Gesetzes zugänglich zu zeigen.
- 12) Bordeaux vom 9.6.1924 in Gaz. Pal. 1924.2.20, das die Ehe einer strenggläubigen Frau mit einem Geschiedenen löste: "...Et la personne civile ne devant pas comprendre uniquement les énonciations d'identité de l'état civil, mais bien aussi l'ensemble des qualités déterminantes sa situation.." und: "...Attendu qu'à défaut de précision par le législateur de ce vice de consentement ... il appartient aux tribunaux de déterminer l'existence des circonstances assez graves pour que le consentement y soit subordonné..", im gleichen Sinne Tribunal Bressuire vom 26. Juli 1944 in D. 1945.94, das die Ehe einer jungen Frau mit einem Manne, der unmittelbar vor der Eheschliessung einen schweren Raub- und Mordversuch unternommen hatte, für nichtig erklärte.
- Dass eine weitergehende Auslegung des Art. 180 Abs. II C.c. dieser Vorschrift durchaus gerecht zu werden vermag, zeigt die Rechtsprechung zum alten italienischen Codice civile, die, bei gleichem Gesetzeswortlaut, zu einer weitgehenden Berücksichtigung des Eigenschaftsirrtums, soweit er sich auf wesentliche Eigenschaften des einen Partners bezog, gelangte. So z.B. Cass. Turin vom 21. Juli 1883 bei Sir. 1886.4.1: "...L'erreur sur la personne entraînant la nullité du mariage s'entend non seulement de l'erreur sur la personne physique mais encore de l'erreur sur les attributs qui consistent la personne civile, et notamment de l'erreur sur la nationalité et le statut personnel.
- Allerdings sei erwähnt, dass die italienische Gesetzgebung dieser Rechtsprechung nicht gefolgt ist, sondern den Irrtum über wesentliche Eigenschaften des anderen Ehepartners bei Neufassung des bürgerlichen Rechts, wohl in Anlehnung an das kanonische Recht, nicht berücksichtigte.

- 4) Es kann daher als geltender Rechtszustand für die Länder Frankreich, Belgien und Luxemburg festgehalten werden, dass im Eheschliessungsrecht nur der tatsächliche Identitätsirrtum und der als *erreur sur l'identité civile* bezeichnete, äusserst eingeschränkte Eigenschaftsirrtum als Willensmängel Berücksichtigung finden. Dass dieser Irrtum über den Personenstand nur diejenigen Eigenschaften eines Ehepartners betrifft, die seinen Personenstand im Gesamten ausmachen, wurde bereits im Anschluss an die ausschlaggebende Entscheidung des französischen Kassationshofs erwähnt. Die Literatur hat sich diesen Begriff ebenfalls zu eigen gemacht, ohne jedoch eine genauere Erfassung zu ermöglichen ¹³⁾. Um ein Beispiel zu geben: Gibt sich ein junger Mann als Prinz von Preussen aus, heisst aber in Wirklichkeit Meier, so erweckt er mit dieser Vorspiegelung konkrete, aber irrige Vorstellungen über seinen gesamten Personenstand, da sich mit dem von ihm gebrauchten Namen bestimmte Vorstellungen von einer ausserordentlichen Familientradition etc. verbinden. Nennt er sich dagegen nur "von Meier", so ändert dieser Irrtum über das kleine Adelsprädikat die Vorstellungen über seinen gesamten Personenstand nur am Rande. Der Irrtum über den Vornamen ¹⁴⁾, einen unbedeutenden Adelstitel ¹⁵⁾, über Rasse, Religion oder Nationalität ¹⁶⁾ kann daher nicht im Rahmen des Irrtums über den Personenstand von Bedeutung werden; wohl aber der Irrtum, bei dem sich der Partner für eine andere, als
-

13) Aubry-Rau-Esmein Bd.VII § 462 Fussnote 9, Voirin No. 113, Beudant No.567 c, Colin-Capitant-de la Morandière No.210. Arminjon-Nolde-Wolff No.125 sprechen von "expression obscure". Rouast No.101 f. Beudant No.567 c formuliert: "Erreur sur l'identité civile d'une personne ca veut dire: erreur sur le rôle civil de la personne, sur les éléments qui composent la personnalité." Josserand (No.836): "Erreur sur la personne, ca veut dire: erreur sur la personne au point de vue juridique.." und Savatier (Cours de

solche bekannte Persönlichkeit ausgab¹⁷⁾. Es genügt aber nicht, wenn der Partner nur einen anderen Namen angibt, ohne damit besondere und konkrete Vorstellungen von einer dritten Person zu erwecken^{18) 19)}.

Vor allem aber kann im Rahmen dieser Irrtumsregelung weder der Irrtum über die Sterilität²⁰⁾ noch gar über die Impotenz oder die absolute Beiwohnungsunfähigkeit²¹⁾

13) Fortsetzung Droit civil No.198) "Quant à l'erreur sur l'identité civile, elle suppose que l'autre époux a pris un faux état civil."

14) Tribunal de la Seine vom 8. Mai 1912, in D.P.1912. 5.20.

15) Tribunal de la Seine vom 30. Juni 1920 in Gaz.Trib. vom 17.8.1920.

16) Paris vom 20. Juli 1943 in D.A.1944.7. Anderer Ansicht in Kriegszeiten im Falle der Eheschliessung mit einem "feindlichen Ausländer": Tribunal de la Seine vom 4.2.1918 und vom 2.1.1920 in D.P.1920.2. 78.

17) Paris vom 12. März 1903 in D.P.1903.2.191, Tribunal Pont-l'Evêque vom 22. Mai 1906 in D.P.1907.5.5, Tribunal de la Seine vom 28.1.1930 in Gaz.Pal.1930.2. 947.

18) Tribunal de la Seine vom 18. Mai und 7. Juli 1948 in D.1948.441. Anderer Ansicht Tribunal de la Seine vom 9. März 1923 in Gaz.Trib.1923.2.297.

19) Man beachte, dass sich somit die Formulierung Beudants, wie sie oben No.13 wiedergegeben wurde (... éléments qui composent la personnalité...), als unrichtig erweist, da gerade die Einzelelemente des Personenstandes unbeachtlich sind und nur der Irrtum über den gesamten Personenstand von Bedeutung ist.

Ein Argument mehr für unsere im Anschluss an Rouast vorgetragene Behauptung, dass sich der "erreur sur l'identité civile" begrifflich nicht erfassen lässt.

20) Cass. vom 16. Okt. 1903 in D.P. 1904.1.395.

21) Nîmes vom 29. Okt. 1869 in D.P.1872.1.52. bei Cass. vom 15.1.1872, Riom vom 2.8.1876 in D.P. 1877.2.32.

des Partners berücksichtigt werden, ebensowenig wie etwa der Irrtum über ein ausschweifendes oder entehrendes Vorleben, über das Alter ²²⁾ des Partners, dessen möglicherweise früher erfolgte Scheidung ²³⁾ oder eine uneheliche Geburt der Frau vor der Ehe ²⁴⁾.

- 5) Ist der Irrtum nach den dargelegten Grundsätzen im Einzelfalle begründet, so ist die Ehe gemäss Art.180 Abs. II C.c. relativ vernichtbar. Zur Erhebung der Nichtigkeitsklage sind aber nur der Irrende allein oder beide Ehegatten gemeinsam berechtigt.
- 6) An dieser Lösung des Irrtumsproblems im französischen Rechtskreis ist vor allem zu kritisieren, mit welcher wertungsmässigen Inkonsequenz der Eigenschaftsirrtum behandelt wird; denn um einen solchen handelt es sich unzweifelhaft bei dem sogenannten Irrtum über den Personenstand, mag er auch immer wieder mit dem reinen Identitätsirrtum vermischt vorgetragen werden.

Auch die junge Frau, welche die Ehe mit dem angeblichen Prinzen von Preussen eingeht, will diesen ganz bestimmten Mann heiraten. Weshalb diese Ehe dennoch für nichtig erklärt werden soll, dagegen nicht die Ehe mit einem Manne, der sich als Gewohnheitsverbrecher herausstellt oder von dem die Frau nie Kinder empfangen kann, ist nicht einzusehen.

22) Tribunal de la Seine vom 6.12.1949 in D.1950.103.

23) Cass.belge vom 17.Juli 1925 in Pas.belge 1925, I.370 mit einer eingehenden Darstellung des gesamten Problemkreises zum Irrtum.

24) Tribunal de la Seine vom 18.1.1938 in Sir. 1938.2.119.

Zur Zeit der Schaffung des Code civil war allerdings die Familienzugehörigkeit von grösster Bedeutung. Heute aber, unter gänzlich anderen gesellschaftlichen Verhältnissen, mutet diese Wertung der französischen Lehre und Rechtsprechung willkürlich an. Dies zumal, als sich auch in der französischen Lehre in letzter Zeit der Gedanke durchzusetzen scheint, dass die Berücksichtigung des Irrtums bei der rechtsgeschäftlichen Eheerklärung eine offenbare Wertungsfrage ist: Wessen Interessen im Einzelfalle schutzwürdiger erscheinen, die des Irrenden oder die des Partners und der Allgemeinheit im Hinblick auf die möglichste Erhaltung der einmal geschlossenen Ehe. Wird nun vom Gesetz, wie hier überhaupt, eine Abgrenzung zwischen beachtlichem und unbeachtlichem Irrtum getroffen, so muss aus den einmal erkannten Billigkeitserwägungen auch die richtige Wertung erstrebt werden, die zu erreichen mit einer doch mehr willkürlichen Formel, wie der des *erreur sur l'identité civile*, aussichtslos erscheint.

Dagegen kann dieser Lösung nicht der Vorwurf gemacht werden, einen Zustand der Rechtsunsicherheit geschaffen zu haben ²⁵⁾, da sich die Anwendbarkeit des Begriffes vom Irrtum über den Personenstand auf ganz seltene und aussergewöhnliche Fälle beschränkt.

- II 1) Das deutsche Recht berücksichtigt demgegenüber den Irrtum als Willensmangel bei der Eheschliessung in einem viel weiteren Rahmen, der, auf die Eheschliessung bezogen, dem Rahmen entspricht, in dem auch der Irrtum bei den allgemeinen Willenserklärungen (§ 119 BGB) berücksichtigt wird.

25) Es sei allerdings an die sich widersprechenden Entscheidungen unter No. 18 zur Frage des Irrtums über die Nationalität erinnert sowie an die äusserst zweifelhafte Entscheidung des Tribunal de la Seine vom 9. März 1923 a.a.O. (oben No. 18).

- 2) Fast wörtlich mit der Bestimmung des Art. 180 Abs. II C.c. stimmt die Vorschrift des § 31 Abs. I Satz 1 EheG. 46 überein, welche den Irrtum über die Person, d.h. die Identität des Partners, betrifft.

Im Rahmen dieser Vorschrift wird nun aber, im Gegensatz zu den Rechten des Code civil, auch tatsächlich nur der Irrtum über die physische Identität des Partners von Bedeutung. Da das deutsche Recht den Eigenschaftsirrtum bei der Eheschliessung, wie wir sehen werden, weitgehend anerkennt, bedarf es im Rahmen dieser Vorschrift keiner komplizierten Gesetzesauslegung, wie diese zu Art. 180 Abs. II C.c. stattzufinden hat.

- 3) Darüber hinaus berücksichtigt das deutsche Eherecht aber vor allem den sogenannten Erklärungsirrtum in seinen beiden Erscheinungsformen, nämlich
- a) dass der Erklärende eine solche Erklärung nicht abgeben wollte; also Versprechen, Verschreiben, etc. (§ 31 Abs. I Satz 1 2. Alternative EheG 46).
 - b) dass er die Erklärung wohl abgeben wollte, sich aber über deren Inhalt im Irrtum befand; also etwa der Ausländer, der nur an ein formelles Verlöbnis denkt (§ 31 Abs. I Satz 1 1. Alternative EheG. 46).

So relativ geringe praktische Bedeutung diesen Erscheinungsformen des Irrtums zukommen mag, so wesentlich erscheinen sie im Lichte einer wertenden Betrachtung: Es handelt sich in beiden Fällen um ein tatsächliches Auseinanderfallen von Willen und Erklärung, also um Fälle des eigentlichen und wesentlichen Irrtums im Gegensatz zum Eigenschaftsirrtum, bei dem nur die Motivation des Willens vom Irrtum erfasst wird. Die Berücksichtigung des Erklärungsirrtums rechtfertigt sich daher schon aus der Schwere des durch ihn bedingten Willensmangels ²⁶⁾.

- 4) Die wesentlichste Differenz zu den Rechten des Code civil hinsichtlich der Berücksichtigung eines Irrtums

bei der Eheschliessung normiert jedoch die Vorschrift des § 32 EheG 46. Nach ihr leidet eine Ehemillenserklärung auch dann an einem durch einen Irrtum bedingten Willensmangel, wenn sich dieser Irrtum nur auf persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten gründet, jedoch wiederum nur dann, wenn der Irrende bei Kenntnis der Sachlage (subjektives Kriterium) und verständiger Würdigung des Wesens der Ehe (objektives Kriterium) infolge der ihm unbekannten oder von ihm falsch eingeschätzten Eigenschaft des Partners die Ehe nicht geschlossen hätte.

Der Begriff "persönliche Eigenschaft" ist seinem Wortlaut nach nicht sehr weit und sollte dies auch nach den Beratungen des Gesetzes nicht sein ²⁷⁾.

Er beinhaltet diejenigen Eigenschaften einer Person, die nach der Lebensauffassung nicht nur vorübergehend oder zufällig, sondern dauernd und daher derart wesentlich sind, dass sie als Ausfluss der gesamten Persönlichkeit, als deren wesentlicher Bestandteil überhaupt erscheinen ^{28) 29)}.

26) Gegen eine derartige Wertung, wie sie das BGB und das EheG 46 trafen, wendet sich Titze (Motivirrtum S. 10 ff), dessen rechtspolitische Überlegungen und Billigkeitserwägungen zum Teil durchaus überzeugend sind. Er berücksichtigt jedoch unserer Ansicht nach nicht genügend, dass Billigkeitsvorschriften allein, ohne das bisherige gedankliche Gerippe von Motiv, Willen und Erklärung, zu einer reinen, unübersehbaren und auf diesem Gebiet ganz sicher nicht wünschenswerten Falljurisdiktion führen müssten.

27) Prot. IV. S. 75 und Reichstagsdrucksache 1895/96 Nr. 440 b S. 58. Die Bestimmung des § 32 Abs. I EheG 46 ist ziemlich wörtlich aus § 1333 BGB übernommen worden, so dass ein Rückgriff auf diese Gesetzesmaterialien gestattet ist.

28) Diese Interpretation ergibt sich unmittelbar aus der Bedeutung des Wortes "Eigenschaft", das immer einen länger dauernden Zustand voraussetzt.

29) RGZ Bd. 52 S. 310; Bd. 95 S. 298; Bd. 104 S. 335; Bd. 148 S. 194.

Diese persönlichen Eigenschaften sind von persönlichen Verhältnissen zu unterscheiden; gesellschaftlicher Rang, Beruf, Vermögen oder Einkommen können nie als persönliche Eigenschaften im Sinne des Gesetzes erachtet werden. Ein Irrtum über sie ist immer unbeachtlich ³⁰⁾. Doch können im Einzelfall persönliche Verhältnisse mit persönlichen Eigenschaften derart eng verknüpft sein und in ihnen wurzeln, dass es gestattet ist, sie persönlichen Eigenschaften gleich zu achten. So zum Beispiel die uneheliche Mutterschaft der Frau als ein persönliches Verhältnis im Gegensatz zur Virginität als Eigenschaft. Dieses persönliche Verhältnis ist aber so bedeutend im Hinblick auf die Wertung der Gesamtpersönlichkeit, dass es einer persönlichen Eigenschaft gleich gestellt werden kann ³¹⁾.

Das gleiche gilt etwa von dem Fall, in dem der Mann fälschlich annimmt, die Frau sei von ihm schwanger und er sich deshalb zur Ehe entschliesst. Auch hier handelt es sich nur um einen Ausschnitt aus den persönlichen Verhältnissen der Frau; dennoch ist die Wertung als persönliche Eigenschaft hier gestattet ³²⁾.

Ein solcher Irrtum über eine persönliche Eigenschaft des anderen Partners wird jedoch, wie bereits erwähnt, nur dann berücksichtigt, wenn es sich "bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe" um eine wesentliche Eigenschaft handelt. Dieses Tatbestandsmerkmal ist ein objektives Kri-

30) Hoffmann-Stephan Anm. 2 B, Gerold Ann.4., v.Godin Anm.2, Achilles-Greiff-Beitzke Anm. 1 jeweils zu § 32 EheG 46, herrschende Meinung; RGZ Bd.148 S.194, RG in WarnE 1926 Nr. 180.

31) RGZ Bd. 104 S.336.

32) OLG Breslau in HRR Bd. 37 S. 1084.

terium, d.h. es kommt nicht auf die Anschauungen des irrenden Partners an, sondern auf die Anschauungen der Allgemeinheit; doch gestattet die Formulierung "verständige Würdigung" das Eingehen auf die Ansichten bestimmter Volksschichten oder Gesellschaftsschichten, sodass es sich nicht unbedingt um eine absolute Allgemeinanschauung handeln muss ³³⁾.

- 5) Wir können also feststellen, dass die Regelung des deutschen Rechtes hinsichtlich des Eigenschaftsirrthums bis hierher völlig den Vorschlägen der Rechtslehre ³⁴⁾ zu den Rechten des Code civil entspricht, die sich dabei der kürzeren aber nicht weniger prägnanten Formulierung von "qualités substantielles" bedient, wobei "qualités" als "persönliche Eigenschaften" und "substantielles" als "wesentlich" in einem objektiven Sinne aufgefasst werden müssen.
- 6) Darüberhinaus ist aber nach der Vorschrift des § 32 Abs. I EheG noch zu prüfen, ob der Irrende bei Kenntnis dieser Eigenschaften von der Eheschliessung Abstand genommen hätte. Die Berechtigung dieses Erfordernisses kann nicht geleugnet werden, da der Irrtum ja auch tatsächlich für die Eheschliessung "bestimmend" ³⁵⁾

33) Dieses Tatbestandsmerkmal fand sich ebenfalls bereits in § 1333 BGB, wurde dann jedoch in § 37 EheG 38 durch die Worte "richtige Würdigung der Ehe" ersetzt. Damit wurde auf eine allgemein gültige sittliche Anschauung vom Wesen der Ehe abgehoben, der Tendenz des "3.Reiches" folgend, alle Fragen sittlicher Art undifferenziert einheitlich zu beantworten.

34) Siehe oben No. 11

35) An sich ein Nonsens, da etwas von dem ich nichts weiss, als solches meinen Willensentschluss nicht bestimmen kann. Gemeint ist die fingierte Kausalität zwischen dem "Nichtwissen" (bez. "Nicht-richtig-Wissen") und der zur Willenserklärung führenden Willensbildung.

geworden sein muss; doch sind die praktischen Schwierigkeiten für den Richter nicht zu übersehen, der hierbei rein subjektive Vorstellungen des Irrenden zu werten hat.

- 7) Dass sich der Irrtum auf solche persönliche Eigenschaften beziehen muss, die im Augenblick der Eheschliessung wenigstens in Ansätzen ³⁶⁾ vorlagen, bedarf kaum einer Erwähnung, da sich der Irrtum als Willensmangel gerade bei der Eheschliessungserklärung zu manifestieren hat und dadurch zeitlich eindeutig fixiert ist.
- 8) Die deutsche Rechtsprechung hat zu der Frage, ob ein Irrtum über persönliche Eigenschaften im Einzelfalle vorgelegen hat, mag es sich nun um körperliche, geistige oder sittlich-charakterliche Eigenschaften gehandelt haben, sehr häufig Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt ³⁷⁾. Diese einer eingehenden Untersuchung zu unterziehen, würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Es genügt festzustellen, dass sich die Befürchtungen der französischen und belgischen Lehre und Rechtsprechung, eine Berücksichtigung des Irrtums über persönliche Eigenschaften des anderen Partners werde zu ungerechtfertigten Weiterungen und einem Zustand der Rechtsunsicherheit führen, im deutschen Rechtsgebiet nicht bewahrheitet haben. Insbesondere hat der Begriff der "persönlichen Eigenschaft", obwohl einer weitergehenden exakten und interpretierenden Formulierung nur schwer zugänglich, bei Beurteilung der Einzelfälle keine bedeutenden Meinungsverschiedenheiten hervorgerufen.

36) RGZ Bd. 151 S. 148

37) Siehe die Rechtsprechungsübersichten bei Palandt Anm. 8, Hoffmann-Stephan Anm. 5, v. Godin Anhang zu den Anm. 1 bis 5 und Georld Anm. 2 bis 49 jeweils zu § 32 EheG 46.

Aber auch einen anderen Einwand der Lehre Frankreichs und Belgiens zu der Frage einer weitergehenden Berücksichtigung des Eigenschaftsirrtums bei der Eheschließung hat das deutsche Recht entkräftet: Zwar steht dem Irrenden, der sich bei Abgabe der Ehemillenserklärung in einem als beachtlich erkannten Irrtum über eine wesentliche persönliche Eigenschaft seines Partners befand, das Recht zu, die gerichtliche Aufhebung der Ehe zu begehren (§ 32 Abs. I EheG 46); doch wird einer missbräuchlichen Ausnutzung dieses Aufhebungsrechtes durch Abs. II der genannten Vorschrift des § 32 EheG. 46 entgegengetreten. Nach dieser Bestimmung ist die Aufhebung der Ehe nicht nur dann ausgeschlossen, wenn der Berechtigte ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gegeben hat, dass er trotz seiner Entdeckung des Irrtums die Ehe fortsetzen wolle, sondern auch dann, wenn die Aufhebung der Ehe, trotz des Vorliegens aller Tatbestandsmerkmale, sittlich nicht gerechtfertigt erscheint ³⁸⁾. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Mann nach 20-jähriger Ehe von einem an sich beachtlichen Irrtum Kenntnis erhält, sich aber nur aus der bisher ungetrübten Ehe lösen will, um eine jüngere Frau zu heiraten.

- 9) Das deutsche Recht ³⁹⁾ hat mit dieser Regelung, die den Irrtum bei der Eheschließung als Willensmangel weitgehend berücksichtigt, einen aner kennenswerten Mittelweg zwischen dem Grundsatz der möglichen Dauerhaftig-

38) Diese Bestimmung fand sich im BGB noch nicht, sondern wurde erstmals in das EheG von 1938 (§ 37 Abs. II) aufgenommen. Aber auch in der Zeit vor 1938 hat die Rechtsprechung zu § 1333 BGB zuletzt diesem Erfordernis unter Anwendung der Grundsätze von der unzulässigen Rechtsausübung Rechnung getragen. Vergl. dazu RG Bd. 151 S. 147 ff und RG in JW 1936 S. 3043 und 3455.

39) Ebenso das schweizerische Recht in Art. 124 schwz. ZGB und die modernen skandinavischen Rechte.

keit einer Ehe und dem Allgemeininteresse, ebenso wie dem Interesse des Einzelnen an deren günstigem und spannungsfreiem Verlauf gewählt. Bis zur und bei der Eheschliessung sollen die Partner unter Bewertung aller entscheidenden Tatsachen frei und ungetrübt von falschen Vorstellungen entscheiden können, insbesondere soweit diese sich auch auf die Person des Partners selbst beziehen; denn insofern hat sich die Anschauung von der Ehe seit Pothier ⁴⁰⁾ wesentlich geändert, als heute gerade die persönlichen Eigenschaften der Partner fast ausnahmslos für die Eingehung der Ehe bestimmend sind.

- III 1) Die Untersuchung der Rechte des Code civil hat ergeben, dass einer weitergehenden Berücksichtigung des Irrtums, wie dies nach deutschem Recht möglich ist, weder dogmatische noch rechtssystematische Schwierigkeiten entgegenstehen. Vielmehr ist die Frage, welcher Lösung der Vorzug zu geben ist, rein rechtspolitischer Natur. Eine vergleichende Betrachtung unter diesem Gesichtspunkt zeigt die Vorzüge der Regelung des deutschen Rechtes: Es bietet die Möglichkeit, Ehen aufzulösen, die infolge des Irrtums über eine wesentliche Eigenschaft eines Partners von Anfang an getrübt sind und deren wesentlichstes Ziel, die Herstellung einer echten und vertrauensvollen Lebensgemeinschaft zu erreichen, aussichtslos erscheint. Das Ergebnis lässt sich darüberhinaus erzielen, ohne das vertragliche Element im Wesen der Ehe zu sehr zu betonen, da sich der Irrtum auf eine solche Eigenschaft beziehen muss, die von der Gesamtheit oder zumindest einem Grossteil aller Rechtsunterworfenen als wesentlich angesehen wird. Ausserdem ist die Aufhebung der Ehe im weiteren nur dann möglich, wenn eine solche Aufhebung der Ansicht aller billig und

40) Pothier No. 311.

gerecht Denkenden als sittlich gerechtfertigt entspricht. Letztlich bildet diese Regelung das entsprechende Äquivalent zu der allgemeinen Scheidungspraxis.

- 2) Auf die rechtspolitische Unlogik der Regelung der Rechte des Code civil, den Eigenschaftsirrtum in einem durch nichts besonders ausgezeichneten engen Rahmen zuzulassen, dem Billigkeits- und Gerechtigkeitsgefühl nach dringendere Fälle des Eigenschaftsirrtums jedoch auszuschliessen ⁴¹⁾, sei an dieser Stelle nochmals hingewiesen.

41) Dies gilt in besonderem Masse für das belgische und luxemburgische Recht, das bis auf den heutigen Tag die Ehescheidung im gegenseitigen Einververständnis kennt (Art. 233 C.c.belge und C.c.lux.).

B. Die arglistige Täuschung

- I
- 1) Nach den bisherigen Darlegungen zum Irrtum kann es nicht verwundern, wenn die Rechte des Code civil die arglistige Täuschung bei der Eheschliessung nicht berücksichtigen⁴²⁾. Da der Willensmangel bei der arglistigen Täuschung ebenfalls auf einem, allerdings bewusst erzeugten oder unterhaltenen, Irrtum beruht, ist dies vielmehr nur die konsequente Folge aus der allgemeinen Irrtumsregelung⁴³⁾.
 - 2) Allerdings darf man sich durch die Ausführungen in der Literatur der Länder Frankreich, Belgien und Luxemburg nicht täuschen lassen: Eine gewisse Berücksichtigung findet die arglistige Täuschung auch in diesem Rechtsgebiet. Doch wird nicht scharf genug unterschieden zwischen dieser und dem allgemeinen Irrtum. Deshalb werden alle Fälle von Irrtümern, die auf einer arglistigen Täuschung beruhen und im Rahmen des Artikel 180 Abs.II zu berücksichtigen sind, undifferenziert als Fälle des allgemeinen Irrtums bezeichnet. Besonders offensichtlich ist dies bei dem Irrtum über den Personenstand, der regelmässig nur auf eine arglistige Täuschung beruhen kann.

42) Rouast No.99 De Page No.584 a, Colin-Capitant-de la Morandière No. 208, Planiol-Ripert-Boulanger No.799 Beudant No.566, Josserand No. 833 bis, Huc Bd.II No.67, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade No. 1710, Laurent Bd. II No. 289. Cass.fr. vom 12. Dez. 1854 in Sir. 1855.1.593, Cass. belge vom 17. Juli 1925 in Pas.belge 1925.I.370, Deutsches Reichsgericht vom 13. Februar 1900 in Sir. 1903.4.1.

43) Dies ist der eigentliche Grund der gesetzlichen Regelung. Nicht dagegen der so oft zitierte Satz Loy-sels "en mariage, il trompe qui peut"; denn eine so zynische Einstellung leitete weder den Gesetzgeber, noch entspricht sie dem Gesetz. Ebensowenig war es die Besorgnis, die De Page (No.584 a) vorträgt: Eine Grenzziehung lasse sich nicht finden, da jede Ehe "mehr oder minder auf Täuschung beruhe".

Dies bedeutet: Die arglistige Täuschung wird als solche nicht berücksichtigt, wohl aber der auf sie zurückzuführende Willensmangel, der Irrtum, soweit er sich im Rahmen des bereits dargelegten Art. 180 Abs. II C.c. hält.

II 1) Das deutsche Recht hat demgegenüber in § 33 EheG 46 der arglistigen Täuschung einen eigenen Tatbestand gewidmet. Da, wie bereits erwähnt, der Willensmangel auch hier auf einem Irrtum des Getäuschten beruht, sind vielfach Überschneidungen zum Irrtumstatbestand gegeben. Der Tatbestand des § 33 EheG 46 ist aber insofern enger, als der Irrtum auf einer Täuschung seitens des anderen Partners beruhen muss. Andererseits ist er jedoch weiter, da hier der Irrtum nicht nur auf persönliche Eigenschaften beschränkt ist, sondern alle "Umstände", ausgenommen allerdings gemäss § 33 Abs. III EheG 46 die Vermögensverhältnisse, umfassen kann.

2) Die Arglist bei der Täuschung setzt voraus, dass sich der Täuschende der bestimmenden oder zumindest mitbestimmenden Wirkung der Täuschung auf den Entschluss des Partners zur Eheschliessung bewusst ist oder weiss, dass der Getäuschte die Ehe bei Kenntnis der wahren Sachlage auch nur möglicherweise nicht schliessen würde ⁴⁴⁾.

Die Täuschung selbst kann in einem Tun, aber auch in einem Unterlassen bestehen. Doch ist nicht jedes Unterlassen einer Aufklärung arglistig, selbst wenn der eine Ehemittige deutlich erkennt, dass sich sein Partner über bestimmte Umstände falschen oder ungenauen Vorstellungen hingibt. Sicher aber ist eine beachtliche, also "täuschende", Unterlassung dann gegeben, wenn der eine Partner auf die deutliche, die fraglichen Umstände betreffende Frage des anderen Part-

44) RGZ Bd. 111 S.5; siehe auch oben No. 35.

ners keine oder nur unvollständige Auskunft erteilt. Allerdings kann eine allgemeine Offenbarungspflicht derart, dass alle irrigen Vorstellungen, die sich ohne ein täuschendes Zutun beim Partner gebildet haben, aufzuklären sind, nicht angenommen werden ⁴⁵⁾. Doch ist zu bedenken, dass der beiderseitige Entschluss zur Eheschliessung bereits ein besonderes Vertrauensverhältnis geschaffen hat, sodass sich daraus bereits eine besondere Offenbarungspflicht im konkreten Einzelfall ergeben kann, insbesondere dann, wenn der getäuschte Partner, zwar nicht durch eine ausdrückliche Frage, so doch durch sein gesamtes Verhalten zu erkennen gegeben hat, dass er dem fraglichen Umstand eine besondere Bedeutung für die Eheschliessung beimisst. Doch bedarf es in jedem Fall der Prüfung und Feststellung einer besonderen Offenbarungspflicht, wenn sich der Irrende auf eine Täuschung durch Unterlassen berufen will ⁴⁶⁾.

- 3) Eine Schädigungsabsicht ist ebensowenig erforderlich, wie die Hoffnung auf einen glücklichen Verlauf der Ehe die Wirkungen der arglistigen Täuschung zu beseitigen vermögen.
- 4) Als Regulativ gegen übertriebene Anforderungen und persönliche Launenhaftigkeit des Getäuschten dienen dieselben Tatbestandsmerkmale wie beim allgemeinen Irrtum ⁴⁷⁾. Es muss festgestellt werden, dass der Getäuschte bei verständiger ⁴⁸⁾ Würdigung "des Wesens der Ehe" (Objek-

45) Achilles-Greiff-Beitzke Anm. 4, Hoffmann-Stephan Anm. 2 A, Gerold Anm. 6-8, v. Godin Anm. 2, Palandt Anm. 2 je zu § 33 EheG. RGZ Bd. 52 S. 307; RG in WarnE 1926 Nr. 91.

46) RGZ Bd. 52 S. 306, RG in WarnE 1926 Nr. 91

47) siehe oben unter A II

48) Der deutsche Text des KRG Nr. 16 (EheG 46) spricht in § 32 Abs. I von "verständiger Würdigung des Wesens der Ehe", in § 33 Abs. I jedoch von "richtiger Würdigung des Wesens der Ehe". Die Kommentare und Lehrbücher haben aus dieser textlichen Verschiedenheit mit Recht geschlossen, dass erstere Formu-

tives Merkmal) die Ehe "bei Kenntnis der Sachlage" (subjektives Merkmal) nicht geschlossen haben würde. Ausserdem ist die Aufhebung der Ehe ausgeschlossen, wenn der Getäuschte nach Entdeckung dieser Täuschung zu erkennen gegeben hat, dass er die Ehe dennoch fortsetzen will (§ 33 Abs. II 2. Alternative EheG 46).

- 48) Fortsetzung lierung die Berücksichtigung auch subjektiver Ansichten zumindest weiterer Kreise gestattet, während letztere von dem objektiv richtigen Bild aller sittlich und gerecht Denkenden vom Wesen der Ehe ausgeht (siehe im Vorgehenden S.60 sowie dort No.23). Dieser Differenzierung liegt aber unseres Erachtens ein offenkundiger Übersetzungsfehler des - auch heute noch - massgeblichen fremdsprachlichen Textes zugrunde. Der französische Text zu der fraglichen Bestimmung des § 32 EheG 46 (KRG No.16) lautet:

"...et bien compris la signification du mariage".

Zu § 33:

"... s'il avait fait une appréciation raisonnée de la nature du mariage."

Der englische Text lautet sowohl zu § 32 als auch zu § 33 EheG 46 hinsichtlich dieses Tatbestandsmerkmals gleich, nämlich:

"...and intelligibly understood the essential meaning of marriage."

Die sprachliche Differenz im französischen Text ist jedoch unerheblich und nur als ein Wechsel im Ausdruck ein und desselben Gedankens anzusehen. In beiden Fällen müsste eine unvoreingenommene Übersetzung des französischen Wortlautes zu der Umschreibung "verständige Würdigung des Wesens der Ehe" gelangen. Dasselbe gilt unzweifelhaft für den englischen Text, dessen in beiden Vorschriften gleicher Wortlaut ebenfalls mit "verständige Würdigung des Wesens der Ehe" zu übersetzen ist.

Der deutsche Text des § 33 Abs. I EheG 46 bedarf daher einer Richtigstellung dahingehend, dass es auch hier, wie in § 32 Abs. I EheG 46 "verständige" und nicht "richtige" Würdigung des Wesens der Ehe heissen muss. Es ist auch weder rechtssystematisch noch rechtspolitisch ein Grund ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber den in beiden Vorschriften gleichen hypothetischen Sachverhalt unterschiedlich geregelt wissen wollte.

Eine Differenzierung ist daher überflüssig. Im übrigen haben dieselben Grundsätze bei Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals zu gelten, wie sie bereits bei Darlegung des Irrtums erläutert wurden.

Leider wurde eine dem § 32 Abs. II 2. Alternative EheG 46 ähnliche Vorschrift, die der Bedeutung der Bewährung der Ehe Rechnung trägt, indem sie das Aufhebungsrecht dann ausschliesst, wenn es nach dem bisherigen Verlauf der Ehe sittlich nicht gerechtfertigt erscheint ⁴⁹⁾, in den Tatbestand der Aufhebung wegen arglistiger Täuschung nicht aufgenommen. In solchen Fällen muss daher weiterhin aufgrund des allgemeinen Verbotes einer unzulässigen Rechtsausübung das Aufhebungsrecht ausgeschlossen werden ⁵⁰⁾. Der Gesetzgeber möge hier die Aufnahme einer gleichen Vorschrift erwägen, die umsomehr zu empfehlen ist, als die sachlichen und rechtspolitischen Voraussetzungen die gleichen sind wie bei der Irrtumsregelung des § 32 EheG 46 ⁵¹⁾.

- III 1) Die Divergenz zu den Rechten des Code civil zeigt sich bei der Regelung der arglistigen Täuschung (dol) in einem noch stärkeren Masse als bei der Regelung des allgemeinen Irrtums; denn nach den Rechten Frankreichs, Belgiens und Luxemburgs beschränkt sich die Berücksichtigung eines durch arglistige Täuschung erzeugten oder unterhaltenen Irrtums auf denselben engen Rahmen wie bei dem allgemeinen Irrtum, während nach deutschem Recht die arglistige Täuschung in einem noch weiteren Rahmen als der sowieso schon umfassendere allgemeine Irrtum berücksichtigt wird.

49) Siehe oben A II Ziff. 8

50) RGZ 152 S. 147, RG in JW 1938 S. 1818.

51) Auch das schweizerische Recht berücksichtigt den auf einer arglistigen Täuschung beruhenden Irrtum in einem weiteren Masse als den allgemeinen Irrtum, jedoch gegenüber dem deutschen Recht in einem erheblich eingeschränkten Rahmen, da nicht alle "Umstände" als Gegenstand dieses Irrtums berücksichtigt werden, sondern nur die "Ehrenhaftigkeit" des Partners (Art. 125 Ziff. 1 schweiz. ZGB)

- 2) Praktisch, nicht dogmatisch, müssen wir unsere Ausführungen an dieser Stelle allerdings etwas einschränken. Um die grossen, aus dieser Behandlung der arglistigen Täuschung erwachsenden Härten mildern zu können, glaubte sich nämlich die Rechtsprechung in den Ländern des Code civil gelegentlich gezwungen, unter weitester, sehr zweifelhafter und schwankender Auslegung der Bedeutung des "injure grave" ⁵²⁾ gemäss Art. 232 C.c. (übereinstimmend) eine Scheidungsmöglichkeit zu eröffnen ⁵³⁾ der
Die Frage ist in Literatur lebhaft umstritten ⁵⁴⁾. Auch in der Rechtsprechung selbst finden sich die unterschiedlichsten Entscheidungen ⁵⁵⁾.
-

52) Wörtlich: Schwere Beleidigung.

53) In der Lehre wird dieser Fragenkreis gewöhnlich bei der Untersuchung des allgemeinen Irrtums gebracht. So z.B. Tissier in "Rapport à la société d'études législatives" in Bulletin 1906 S. 117. Doch wird dabei übersehen, dass der Begriff des "injure grave" eine positive Tätigkeit (oder rechtspflichtwidrige Unterlassung) des anderen Partners voraussetzt, also höchstens auf eine arglistige Täuschung angewandt werden kann und auch tatsächlich nur angewandt wird. Denn der allgemeine Irrtum entwickelt sich ohne eine schuldhafte Tätigkeit des Partners allein in der Vorstellungswelt des Irrenden.

54) Für eine solche Scheidung: Aubry-Rau-Esmein § 476 S. 244 und Planiol-Ripert-Boulanger No. 1170.

Gegen eine derartige Scheidung: Colin-Capitant-de la Morandière, 9. Aufl. No. 208 S. 204, Rouast No. 514 ff.

Unentschieden: Beudant No. 781

55) Grundsätzlich dafür: Trib. civ. Dax vom 30.11.1906 in D.P. 1907.2.135, Orléans vom 4.3.1904 in Sir. 1904.2. 301, Cass. vom 25.1.1922 in Sir. 1924.1. 252.

Grundsätzlich dagegen: Lyon vom 20.12.1933 in Sir 1934.2.148, Riom vom 24.5.1934 in D.H. 1934. 455, Aix vom 3.6.1936 in D.H. 1936. 546.

Unentschieden: Trib. civ. Ajaccio vom 27.10.1933 in Sir. 1934.2.22 und Colmar vom 13.3.1954 in D. 1954. 373.

Wir sind nun der Ansicht, dass es schon begrifflich unmöglich ist, eine notwendig vor der Eheschliessung liegende arglistige Täuschung als einen Scheidungsgrund anzusehen. Denn das Scheidungsrecht eines Ehegatten kann sich nur auf eine Verletzung ehelicher Pflichten seines Partners gründen. Vor Eingehung der Ehe können aber solche ehelichen Pflichten noch nicht bestehen. Eine vor Eingehung der Ehe liegende arglistige Täuschung kann daher auch keine Verletzung ehelicher Pflichten sein, eine Scheidung scheint uns daher aus einem solchen Grunde ausgeschlossen.

Darüberhinaus aber weist das Gesetz vor der Eheschliessung liegende Verstösse ⁵⁶⁾ deutlich und erkennbar abschliessend geregelt dem Gebiet der Vernichtung einer Ehe zu. Es ist daher eine Umgehung des Gesetzes, solche Verstösse, weil sie angeblich eine Vernichtbarkeit der Ehe nicht begründen können, dem Scheidungsrecht zuzuweisen.

Es zeigt sich an dieser Stelle besonders deutlich, wie sich Lehre und Rechtsprechung infolge ihrer wertungslosen und starren Haltung gegenüber dem Eigenschaftsirrtum als Vernichtungsgrund selbst eingeengt haben. Um in den ausgeprägtesten Fällen gelegentlich doch noch zu einer der Billigkeit entsprechenden Entscheidung zu gelangen, werden eine Begriffsvertauschung und eine Gesetzesumgehung in Kauf/genommen, statt dass eine konstruktive Interpretation der Bestimmung des Art. 180 Abs. II C.c. versucht wird.

Der Umfang dieser Scheidungspraxis ist allerdings gering, er lässt sich aber nach der derzeitigen Praxis der Gerichte nicht näher bestimmen. Die einzelnen Entscheidungen auf diesem Gebiet widersprechen einander zu sehr ⁵⁷⁾.

- 3) Was die Kritik dieser verschiedenartigen Regelungen betrifft, kann im allgemeinen auf das oben zum Irrtum bereits Ausgeführte verwiesen werden. Insbesondere hat sich auch bei der arglistigen Täuschung die immer wieder von der französischen und belgischen Literatur vortragene Ansicht, eine Berücksichtigung der arglistigen Täuschung bei der Eheschliessung würde zu ungerechtfertigten Weiterungen führen und einen Zustand der völligen Unsicherheit schaffen, im deutschen Rechtsgebiet in keiner Weise bewahrheitet. In noch verstärktem Masse gilt auch, dass das Interesse des Staates und der Allgemeinheit an dem Fortbestand einer einmal geschlossenen Ehe für diese nicht von entscheidender Bedeutung sein kann; denn deren regelmässig wesentlichste Grundlage, das völlige Vertrauen der Ehegatten zueinander, ist in ganz besonderem Masse hier von Anfang an zerstört.
- 4) Es muss daher der deutschen Regelung, den durch die arglistige Täuschung hervorgerufenen Willensmangel, auch tatsächlich im Hinblick auf die Ehwillenserklärung weitgehend zu berücksichtigen, der Vorzug gegeben werden. Der Wert, das Ansehen und die Bedeutung der Eheerklärung wird keineswegs verflacht, wenn derartige Unregelmässigkeiten eine Berücksichtigung finden, statt ihre weittragende Bedeutung, die sich durchaus nicht nur auf die Willenserklärung selbst und damit auf das vertragliche Element der Ehe beschränkt, einfach zu negieren. Im Gegenteil: Gerade die nach deutschem Recht

56) Dazu vor allem Colin-Capitant-de la Morandière a. a. O.

57) Der Tendenz der Gerichte entsprechend möchten wir annehmen, dass Fälle, wie etwa die dem anderen Partner vor der Eheschliessung bewusst verschwiegene unheilbare Impotenz (Cass vom 25.1.1922 a. a. O.) oder die bereits eingetretene Schwangerschaft infolge der Beiwohnung eines anderen Mannes, regelmässig zur Scheidung der Ehe aus Art. 232 C. c. führen werden.

gestellten Anforderungen an die "Qualität" der Willenserklärung bei der Eheschliessung, im Gegensatz zu der apodiktisch anmutenden Bewertung eines "Fait accompli" nach den Rechten des Code civil, werden erst ihrer wirklichen Bedeutung gerecht.

Insbesondere aber sollte letztlich vermieden werden, die Eheschliessung zu einem offenbaren Risiko zu stempeln.

- 5) Eine Änderung der gesetzlichen Vorschriften durch den Gesetzgeber, von deren rechtspolitischer Notwendigkeit wir überzeugt sind, erscheint um so mehr angebracht, als die Rechtsprechung dieser Länder nach ihrer bisher gezeigten allgemeinen Einstellung eine Revision ihrer Ansicht, die, wie dargelegt, aufgrund des reinen Gesetzeswortlautes durchaus möglich wäre, nicht vornehmen wird. Eine solche Änderung der Rechtsprechung kann auch nicht erwartet werden, da sich auch die Lehre dieser Länder nur auf Vorschläge de lege ferenda beschränkt und bisher keinen entscheidenden Vorstoß zu einer weiteren Interpretation des vorhandenen Gesetzes unternommen hat.

Überraschenderweise hat sich aber die französische Kommission zur Reform des Code civil darauf beschränkt ⁵⁸⁾,

- 58) Ein der Kommission zur Beratung vorgelegener erster Vorentwurf trug den überwiegenden Vorstellungen der Lehre im Hinblick auf eine weitergehende Berücksichtigung des Irrtums und der arglistigen Täuschung in einem Art. 10 mit folgendem Wortlaut Rechnung:

"Le consentement de chacun des époux doit être libre. Il ne doit pas être entaché d'une erreur portant sur l'une des qualités de la personne que l'on considère habituellement comme déterminante."

Doch ging dieser Vorschlag schon in den Beratungen zuerst des Unter- dann auch in denen des Hauptausschusses wieder unter, wobei sich auch aus den stenographischen Protokollen der Grund zu diesem

den durch die Rechtsprechung seit Erlass des Code civil zu diesen Fragen erarbeiteten Rechtszustand zu fixieren und ohne jede Weiterung dem Gesetzgeber vorzuschlagen.

58) Fortsetzung Entschluss nur am Rande abzeichnet: Wiederum war offensichtlich die Sorge vor einer gefürchteten uferlosen Ausweitung entsprechender Tatbestände in der Praxis ausschlaggebend (Travaux Jahrg. 1946/47 S. 384, 370 ff).

Leider wurden bei diesen Beratungen keine Anregungen von Seiten anderer europäischer Rechte aufgegriffen, obwohl sich doch gerade an deren Praxis gezeigt hätte, dass diese beherrschende Sorge zumindest weitgehend nicht gerechtfertigt ist. - Wurde von einem Kommissionsmitglied gelegentlich einmal auf eine ausländische Regelung verwiesen, so wurden solche Ausführungen mit dem Ruf "nous sommes en France" beantwortet und gewöhnlich damit abgetan. Der von der Kommission beschlossene Vorschlag zu einer Neufassung der Irrtumsregelung bei der Eheschliessung hat daher folgenden Wortlaut:

" Le consentement n'est point valable ...s'il n'a été donné que par suite d'une erreur sur l'identité physique ou civile de la personne. L'erreur sur la nationalité est considérée comme erreur sur l'identité civile."

Die Aufnahme dieses letzten Absatzes mit seiner Formulierung "... est considérée comme erreur.." zeigt deutlich, in welcher ausserordentlich eingeschränkten Masse der erreur sur l'identité civile verstanden werden soll; denn die Staatsangehörigkeit einer Person ist zwar ein ganz wesentlicher Teil ihres Personenstandes, macht diesen jedoch, worauf immer wieder abzuheben ist, nicht im ganzen aus.

C. Die Drohung.

- I 1) Im Gegensatz zu den bereits dargelegten Willensmängeln des Irrtums und der arglistigen Täuschung, berücksichtigen die Rechte Frankreichs, Belgiens und Luxemburgs die Drohung als stärksten Willensmangel bei der Eheschliessung im gleichen Umfange wie bei den sonstigen Rechtsgeschäften. Dies wird allerdings von einigen Autoren mit der Begründung bestritten ¹⁾, die Vorschriften der Art. 180 C.c.ff seien *leges speciales* zu den allgemeinen Vorschriften der Art. 1109 ff C.c. Dies ist richtig und wurde bereits ausgeführt; doch kann es nur im Hinblick auf Irrtum und arglistige Täuschung gelten, die tatsächlich in Art. 180 C.c. eine Sonderregelung erfahren haben. Da jedoch diese Vorschrift keine Besonderheiten für die Drohung normiert, können und müssen die allgemeinen Vorschriften unbedenklich angewandt werden ²⁾.
- 2) Unter Drohung ist demnach, gemäss den einschlägigen Vorschriften der Art. 1111 ff C.c. (gleichlautend), die gegenwärtige ³⁾ Androhung der Herbeiführung eines künftigen

1) Laurent Bd. II No.303, Aubry-Rau-Esmein Bd.VII § 462.

2) Als sehr instruktive Entscheidung ist hier zu erwähnen Bastia vom 27.Juni 1949 in D.P.1949.417: "... Le consentement des époux étant une condition essentielle du mariage, doit être exempt de vices; à cet égard, le mariage (hier im Sinne von "Eheschliessung" zu verstehen) est à considérer comme un contrat soumis à l'application des principes posés par les Art.1109 et suivants du Code civil."

3) Art. 1112 Abs. I C.c.spricht von "mal présent" (gegenwärtigem Übel). Es ist klar, dass es sich bei dieser Formulierung um einen Redaktionsfehler handeln muss; denn dieser Wortlaut ist ein Nonsens: Das Wesen der Drohung liegt ja gerade in der Androhung eines künftigen, zu erwartenden Übels. Dies gilt auch dort, wo die Drohung mit einer unmittelbaren physischen Beeinflussung (Schläge, Beleidigung etc.) verbunden ist; denn auch hier will sich der Bedrohte vor neuen, künft-

oder der Fortsetzung eines gegenwärtigen Übels zu verstehen, die bestimmend für die Willensentschliessung des Bedrohten geworden ist. Die Drohung selbst kann physischer und psychischer Natur sein. Doch wird eine rein physische Drohung bei den nötigen Formalitäten der Eheschliessung seltener praktikabel sein ⁴⁾.

Nach dem weiteren Wortlaut dieser Vorschriften muss die Drohung geeignet sein, auf eine vernünftige Person (*personne raisonnable*) Eindruck zu machen (Art. 1112 Abs. II C.c.). Diese Forderung des Gesetzes steht nun allerdings im Gegensatz zu Abs. II der genannten Vorschrift, nach der gerade Alter, Geschlecht und persönliche Verhältnisse des Bedrohten berücksichtigt werden sollen. Das bedeutet, dass die Frage, ob die Drohung für den Willensentschluss bestimmend geworden ist, nach den subjektiven Gegebenheiten in der Person des Bedrohten und nicht nach dem objektiven Maßstab einer "*personne raisonnable*" beurteilt werden soll.

Lehre und Rechtsprechung vertreten heute die Ansicht, dass der Vorschrift des Art. 1112 Abs. II C.c. die grössere Bedeutung zuzumessen und sie daher der Vorschrift des Art. 1112 Abs. I C.c. vorzuziehen ist. ⁵⁾ Im konkreten Einzelfall sind also immer die besonderen Gegebenheiten in der Person des Bedrohten zu berücksichtigen, jedoch sind nie grössere Anforderungen zu stellen, als an eine "*personne raisonnable*", mag der Bedrohte im Einzelfall

3) Fortsetzung...tigen Übeln durch Abgabe der Willenserklärung schützen. "*Mal présent*" muss daher als "gegenwärtige Androhung eines künftigen Übels" verstanden werden.

4) Siehe allerdings Agen vom 14. Juni 1890 in D.P. 1891.1. 153: Ein Fall, in dem der Vater seine Tochter mit Stockschlägen traktierte, um sie zur Eheschliessung zu bewegen.

5) Planiol-Ripert-Esmein Bd. VI No. 191, Demolombe Bd. XXIV No. 136, De Page No. 60. - Cass. fr. vom 19. Juni 1877 in

auch eine noch so intellektuell hochstehende und willensstarke Person sein ⁶⁾ (arg.Art.1112 Abs. I C.c.).

Dieser Interpretation des Gesetzes ist vorbehaltlos zuzustimmen, da sich die Berücksichtigung der Drohung, als ein Willensmangel, an der Willenskraft des im konkreten Falle Bedrohten im Augenblick der Willenserklärung zu orientieren hat.

Dem widerspricht auch nicht die Begrenzung nach "oben" durch das genannte Tatbestandsmerkmal der "personne raisonnable"; denn noch immer bleibt zu prüfen, ob die Drohung auch tatsächlich bestimmend zur Abgabe der Willenserklärung geworden ist. Ist sie das aber geworden, so liegt tatsächlich der Willensmangel vor, gleichgültig, ob sich der Bedrohte bei allen anderen Gelegenheiten durch die Drohung nicht hätte einschüchtern lassen.

Genau genommen wird also die Vorschrift des Art.1112 Abs. I durch die hier vertretene Interpretation gegenstandslos. Dies wäre aber nicht anders mit der Vorschrift des Art.1112 Abs. II C.c., wollte man dem genannten Abs. I (personne raisonnable) den Vorzug geben. Das Gesetz hat hier also zwei Vorschriften nicht genügend gegeneinander abgewogen, was natürlicherweise dazu zwingt, der einen oder anderen Vorschrift die Wirkung zu versagen.

3) Die Drohung selbst muss rechtswidrig ⁷⁾ oder sittenwid-

5) D.P.1878.1.160 und vom 27.Jan.1919 in Sir.1920.1.198.- In diesen Fällen kann auch die Unerfahrenheit und das Unwissen berücksichtigt werden: Cass.fr.vom 11.April 1913 in D.P.1917.1.103.

6) Colin-Capitant-de la Morandière Bd.II No.64.

7) Demolombe Bd.XXIV No.145, Laurent Bd.XV No.515, Colin-Capitant-de la Morandière Bd.II No.64, Planiol-Ripert-Esmein No.196, De Page No.60.- Cass.fr. vom 31.Dez.1913 in Sir.1914.1.267 und Chambéry vom 15.Mai 1944 in Gaz.Pal.1944.2.111. Ebenso Cass.belge vom 4.Okt.1934 in Pas.belge 1935.I.9.

rig⁸⁾ sein. Das Gesetz selbst erwähnt dieses Erfordernis zwar nicht ausdrücklich, doch kann es aus den Vorschriften der Art. 1114 C.c. (gleichlautend) interpretiert werden.

Die genannte Bestimmung selbst sagt zwar nur, dass die Befürchtungen vor einem Übel, soweit sie der elterlichen Autorität ihrem Kinde gegenüber entspringen, nicht als Drohung anzusehen sind. Als eigentlicher Grund dieser Bestimmung kann aber angenommen werden, dass gerade der Gebrauch der elterlichen Autorität kein rechtswidriges Mittel der Drohung ist, sodass sich daraus das Erfordernis der Rechtswidrigkeit ganz allgemein ergibt.

Eine Scheidung nach Rechtswidrigkeit des Mittels und einer solchen des Zweckes der Drohung wird in der Lehre und Rechtsprechung dieser Länder nicht vorgenommen. Doch finden beide, wenn auch dogmatisch nicht näher erläutert, nebeneinander Berücksichtigung⁹⁾. Dies gilt jedoch nur allgemein für die Drohung überhaupt; denn die Rechtsprechung hatte bisher noch keine Gelegenheit zu klären, ob die aufgrund eines einwandfreien Mittels erzwungene Eheschliessung ihrem Zwecke nach rechtswidrig ist, etwa infolge einer Verletzung des Grundsatzes, dass die Freiheit der Entscheidung bis zur Eheschliessung selbst nicht

8) Agen vom 11. Juni 1929 in D.H. 1929.386: "...contraire à la loi et aux bonnes moeurs...".

9) Cass. vom 10. Nov. 1908 in Sir. 1909.1.76; Cass. vom 31. Dez. 1913 in Sir. 1914.1.267; Cass. vom 27. Jan. 1919 in Sir. 1920.1.198; Chambéry vom 15. Mai 1944 in Gaz. Pal. 1944.2.111. Interessant in diesem Zusammenhang ist auch die italienische Entscheidung Cass. Turin vom 15. Dez. 1900 in Pas. belge 1901.IV.109: "La fin légitime ne justifie pas les moyens violents (injusts)": "Der erlaubte Zweck rechtfertigt nicht das rechtswidrige Mittel."

eingeschränkt werden darf und kann. Da auch die Lehre hierzu bisher keine Stellung genommen hat, sei auf die spätere Schilderung des deutschen Rechtes verwiesen ¹⁰⁾.

Die Drohung kann von jedermann ausgehen, bei Dritten auch gleichgültig, ob der Partner davon Kenntnis hatte oder nicht. Ja sie kann sich nach allgemeiner Ansicht ¹¹⁾ sogar nur aus den Umständen ergeben, d.h. in einer äusseren Zwangslage bestehen (*état de nécessité*), ohne dass sie von einer Person in Zusammenhang mit der erstrebten Willenserklärung herbeigeführt sein muss. Das Vorhandensein dieser Zwangslage ist dann zwar nicht rechtswidrig, ihre Ausnützung im Hinblick auf den verfolgten Zweck kann dies aber durchaus sein. Diese Folgerung der französischen Lehre und Rechtsprechung ist insofern sehr beachtlich, als ausserordentlich stark von einer Bewertung der Drohungshandlung selbst Abstand genommen wird zugunsten der Berücksichtigung einer völlig freien Willensbildung. Der Wortlaut des Gesetzes spricht genau genommen, gegen diese Ansicht (Art. 1111: "*La violence exercée contre..*"). Auch hier soll die Kritik im Zusammenhang mit der Darlegung des deutschen Rechtes erfolgen.

Die Drohung kann letztlich auch auf Dritte ausgeübt werden ¹²⁾. Das Gesetz spricht zwar in Art. 1113 nur von Ehegatten und Verwandten gerader Linie, nach herrschender

10) Siehe im Folgenden unter II.

11) Planiol-Ripert-Esmein Bd.VI No.195, Colin-Capitant-de la Morandière Bd.II No.65, De Page No.61 - Cass. fr. vom 27.April 1887 in Sir.1887.1.372.

12) Rouast No.100, Colin-Capitant-de la Morandière Bd.I.No.209 und Bd.II No.67, Boudant No.565, De Page No.584b; Planiol-Ripert-Boulanger No.282.a.A. die in No.1 zitierten Autoren mit der dort unter II 1) auch angeführten Begründung.

Lehre ist dies jedoch so aufzufassen, dass nur hinsichtlich dieser Personen eine Vermutung besteht, dass das ihnen gegenüber angedrohte Übel bestimmend für den Willensentschluss des Erklärenden geworden ist, während dies bei allen sonstigen Personen des besonderen Nachweises bedarf ¹³⁾. Wiederum zeigt sich das Bestreben, die Willensbildung völlig unbeeinflusst zu erhalten; eine teilweise sehr weitgehende Auslegung des Gesetzes wird dazu nicht gescheut.

- 4) Der Eintritt des angedrohten Übels, das sich auf alle Umstände, also nicht nur auf die Person direkt, sondern auch auf deren Vermögen etc. erstrecken kann, muss möglich erscheinen, doch ist es gleichgültig, ob es vom Drohenden ernstlich geplant oder nur scherzhaft gemeint war: Wesentlich ist allein die Wirkung auf den Bedrohten bzw. Erklärenden.

Eine ausdrückliche Erwähnung dieser Frage findet sich in der Literatur allerdings nicht. Doch befindet sich die vorgetragene Ansicht im Einklang mit der Tendenz der Lehre und Rechtsprechung, wie sie bereits mehrfach hier angedeutet wurde, die Willensbildung von allen fremden, unberechtigt eingreifenden Einwirkungen frei zu halten. Es ist dies auch die der Billigkeit entsprechende Lösung; denn es handelt sich bei dem Komplex der Drohung nicht um eine "Bestrafung", sei es des Drohenden oder sei es des Bedrohten wegen seiner möglichen Leichtgläubigkeit, sondern einzig um die Berücksichtigung eines so und so gegebenen Willensmangels.

- 5) Berücksichtigt wird demnach in diesem Zusammenhang der Fehler in der Willensbildung, während eine im übrigen

13) Literatur wie oben unter No.12.

gültige Willensäußerung vorliegt. Somit kann - als rein hypothetischer Fall - die zwangsweise herbeigeführte Neigung des Kopfes zum Zeichnen des "ja" nicht im Rahmen dieser Vorschriften beurteilt werden, da in diesem Fall eine Willensäußerung überhaupt nicht vorliegt; ein solcher Fall wäre nach Art. 146 C.c. zu beurteilen.

- 6) Wird eine Eheerklärung unter Umständen abgegeben, die nach dem Dargelegten die Annahme einer Drohung rechtfertigen, so ist die Ehe gemäss Art. 180 Abs. I C.c. relativ vernichtbar. Die Nichtigkeitsklage kann, wie im Falle des beachtlichen Irrtums, von beiden Ehegatten gemeinsam oder von dem Bedrohten alleine erhoben werden; die Vernichtbarkeit entfällt jedoch, wenn der Bedrohte nach Beendigung der Zwangslage 6 Monate ununterbrochen in ehelicher Gemeinschaft mit seinem Partner gelebt hat (Art. 181 Ziff. 1. C.c., gleichlautend).

- II 1) Die Regelung des deutschen Rechtes zur Drohung als Willensmangel bei der Eheschliessung zeigt keine besonderen Abweichungen (§ 34 EheG 46). Die Drohung muss gegenwärtig sein und ein zukünftiges Übel, gleich welcher Art, in Aussicht stellen; sie muss bestimmend für die Abgabe der Eheerklärung geworden sein. Allerdings kennt das deutsche Recht kein Tatbestandsmerkmal, das ein "beachtliches" Übel fordert; wie die Rechte des Code civil. Doch bedarf es dessen im besonderen nicht, da bei Prüfung der Kausalität, also die Frage, ob das angekündigte Übel bestimmend für die Willenserklärung geworden ist, auch die Schwere des angedrohten Übels mit zu berücksichtigen sein wird.
- 2) Dagegen erwähnt der deutsche Tatbestand das Erfordernis der Widerrechtlichkeit ausdrücklich, allerdings in einem zunächst missverständlichen Wortlaut; denn nicht allein

nur das angedrohte Übel, sondern auch der mit der Drohung verfolgte Zweck kann widerrechtlich im Sinne dieser Vorschrift sein und ist dann im Rahmen dieser Vorschrift auch zu berücksichtigen. Mit anderen Worten: Die Willensbeeinflussung als solche muss sich als widerrechtlich darstellen.

Eine Frage aus diesem Bereich erlangt jedoch besondere Bedeutung. Nach einer lange herrschenden Ansicht ¹⁴⁾ ist eine Drohung ihrem Zwecke nach dann widerrechtlich, wenn der Drohende oder der durch die Drohung eines Dritten begünstigte Partner der Willenserklärung auf den mit der Drohung verfolgten rechtsgeschäftlichen Erfolg (den "Zweck") keinen rechtlichen Anspruch hat. Die praktische Folge dieser Ansicht ist, dass jede, also auch eine ihrem Mittel nach erlaubte Drohung, bei der Eheschliessung als widerrechtlich angesehen werden müsste, da auf den Erfolg, die Eheschliessung, kein Rechtsanspruch besteht ¹⁵⁾.

Das Reichsgericht hat diese Auffassung lange vertreten und seine Ansicht erst spät revidiert ¹⁶⁾. Dann allerdings sah seine Judikatur als von der Rechtsordnung gestatteten Erfolg neben der der Durchsetzung eines Rechtsanspruches auch das Erreichen eines Ergebnisses an, das

14) RGRKomm. 8 und 9. Aufl. Anm. 3 zu § 123 BGB und die dort weiter reichlich zitierte Literatur und Rechtsprechung. RG in JW 1905 S. 134, 1913 S. 638, 1917 S. 459.

15) Siehe unten § 8.

16) RGZ Bd. 166 S. 40 ff (46). Andeutungsweise schon früher in RG in JW 1931 S. 2140. - Diese Rechtsprechung bezieht sich allerdings auf § 123 B.B. Die Fragen sind dort jedoch die gleichen.

dem mit einem erlaubten Mittel Drohenden aus Billigkeitsgründen zugestanden werden kann. Der Bundesgerichtshof hat sich dieser Auffassung angeschlossen ¹⁷⁾, allerdings mit einer etwas formalistisch anmutenden Begründung unter Hinweis auf Hoffmann-Stephan ¹⁸⁾. Diese Autoren begründen ihre Ansicht, dass eine Drohung bei der Eheschliessung nicht schon deshalb rechtswidrig sei, weil auf ihren Erfolg, die Eheschliessung, kein Anspruch besteht, damit, dass sonst das Tatbestandsmerkmal der "Widerrechtlichkeit" seine Bedeutung verliere. Das ist in gewissem Sinne richtig; denn es würde sich, mangels eines Anspruches, jede Drohung zur Verbeiführung einer Eheschliessung automatisch - ihrem Zweck nach - als widerrechtlich darstellen, sodass die besondere Erwähnung des Tatbestandsmerkmals "widerrechtlich" überflüssig erscheint. Ihre eigentliche Berechtigung findet diese neuere Ansicht jedoch in der Überlegung, dass das Gesetz mit diesem Tatbestandsmerkmal eine deutliche Verurteilung des angestrebten rechtlichen Erfolges ausspricht; eine solche kommt aber einem billigerweise zustehenden Erfolg nicht zu, mag sich dieser auch im Einzelfalle nicht zu einem rechtlichen Anspruch entwickelt haben.

Die Einengung des erlaubten Zweckes auf die Verfolgung bestehender Ansprüche ist daher ganz allgemein zu eng und muss darüberhinaus ausgedehnt werden bis zur Grenze dessen, was als unbillig oder sittenwidrig erscheint. Die Drohung mit einem an sich erlaubten Mittel ist daher bei der Eheschliessung nicht schon deshalb widerrechtlich, weil auf den mit ihr verfolgten "Zweck", die Ehe-

17) BGHZ Bd.2 S.287 ff (297).

18) Hoffmann-Stephan Anm. 20 zu § 34 EheG 46.

schliessung, kein rechtlicher Anspruch besteht, sie ist es nur dann, wenn der Drohende bzw. der durch diese begünstigte Partner im Einzelfall nicht einmal einen billigen "Anspruch" auf die fragliche Eheschliessung hat.

Doch ist der Rahmen dieser Überlegungen eng zu halten, da die Freiheit der Willensentschliessung bis zur Eheschliessung selbst möglichst uneingeschränkt zu erhalten ist.

Diese Frage wurde oben bei Behandlung der Rechte des Code civil offengelassen; sie ist, da sich dort keine gesetzlichen Besonderheiten ergeben haben, gleichermassen zu entscheiden.

- 3) Die Drohung selbst kann vom Ehepartner, kann aber auch von Seiten jedes Dritten ergehen, gleich ob mit oder ohne Wissen des Ehepartners; sie muss sich auch durchaus nicht auf den Erklärenden erstrecken, sondern kann auch jeden Dritten, ob verwandt oder nicht, betreffen. In allen diesen Fällen ist aber der Untersuchung, ob eine solche Drohung auch tatsächlich zur Eheerklärung bestimmend geworden ist, besondere Bedeutung zuzumessen.
- 4) Dagegen anerkennt die deutsche Lehre und Rechtsprechung¹⁹⁾ die Ausnützung einer schon gegebenen äusseren Zwangslage nicht als "Drohung". Diese Folgerung erscheint zunächst richtig, da die "Drohung" begrifflich die Herbeiführung eines vom Tun des Drohenden abhängiges Übel ist. Doch ergeben sich andererseits Bedenken, da dem Ehepartner, der unter dieser äusseren und vom Partner ausgenützten Zwangslage die Eheerklärung abgegeben hat, sonst keine

19) RGRKomm. 10 Aufl. Anm. 3 zu § 123 BGB, Palandt Anm. 3 zu § 123 BGB, Achilles-Greifff Anm. 3 zu § 123 BGB.- RG in JW 1905 S. 200: Die Beeinflussung muss "durch ein vom Willen des Drohenden abhängiges, irgendwie durch sein positives Tun in Bewegung zu setzendes Übel in Aussicht gestellt sein."

Möglichkeit gegeben wäre, sich aus der unter einem derartigen Einfluss geschlossenen Ehe zu lösen. Die Frage ist also, ob sich eine überzeugende Notwendigkeit erkennen lässt, den Partner von einer solchen bestimmenden Beeinflussung seiner Willensbildung zu sichern, indem man eine solche Beeinflussung als "Drohung" zu erkennen oder ihr doch gleichzusetzen hat.

Im Hinblick auf die allgemeinen Regeln für die Willenserklärungen wurde diese Frage bisher übersehen. Dort geben die Vorschriften der §§ 138 und 826 BGB gewisse Möglichkeiten zur Berücksichtigung solcher Fälle, die jedoch auf das Gebiet der Eheschliessung nicht anwendbar sind.

Ausgangspunkt auch der deutschen Regelung der Drohung ist der Schutz der Willensbildung, nicht die "Bestrafung" des Drohenden (die dem Strafrecht, § 240 StGB überlassen bleibt). Für den Erklärenden ist aber die Situation die gleiche, ob nun die Notlage nur von aussen kommt und vom Partner als gegeben ausgenützt wird ²⁰⁾, oder ob sie von diesem auch herbeigeführt bzw. in Aussicht gestellt wird.

Aus dem erkennbaren Willen des Gesetzes, die Willensbildung bei der Eheerklärung frei von zwingenden Einflüssen zu halten, muss daher für den Sonderfall des § 34 EheG 46 - im Gegensatz zu der allgemeinen Vorschrift des § 123 BGB, für die, wie erwähnt, auf andere Weise Abhilfe geschaffen werden kann - gefolgert werden, dass auch bei rechtswidriger Ausnützung einer äusseren, unabhängig vom

20) Allerdings darf für diesen keine Rechtspflicht zur Beseitigung gegeben sein, sonst liegt wieder eine effektive Drohung vor: Der Partner droht dann rechtswidrig mit der Unterlassung der Beseitigung des Übels, dessen evt. Fortsetzung für den Erklärenden das in Aussicht gestellte Übel ist.

Wirken des Partners oder Dritter entstandenen Zwangslage, der in der Freiheit seiner Willensbildung betroffene Ehepartner als "Bedrohter" im Sinne des § 34 EheG 46 anzusehen ist. Die oben unter C I dargelegte Lehre und Rechtsprechung der Länder des Code civil hat daher unseres Erachtens die Interessenlage zu dieser Frage völlig richtig erkannt und entsprechend gewertet. Da die tatsächliche und rechtliche Situation im deutschen Recht die gleiche ist, erscheint für diesen Sonderfall im Eheschliessungsrecht eine ausdehnende, über den eigentlichen Begriff hinausgehende Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Drohung" angebracht.

- 5) Die Ausführung der Drohung braucht von seiten des Drohenden weder ernstlich geplant sein noch gar im Bereiche seiner Möglichkeiten liegen. Dagegen wird von der herrschenden Lehre verlangt, dass der Drohende das Bewusstsein gehabt haben muss, seine Drohung werde oder könne zumindest für die Willensentschliessung des Bedrohten bestimmend werden ²¹⁾. Dies würde bedeuten, dass eine vom "Drohenden" scherzhaft gemeinte Äusserung, die aber dennoch, falsch verstanden, für die Willensentschliessung des Partners bestimmend geworden ist, diesen nicht zur Geltendmachung der Rechte aus § 34 EheG berechtigt. Die herrschende Lehre scheint hierbei zu übersehen, dass § 34 EheG keine Strafvorschrift gegen den Drohenden ist und sie, wie bereits hervorgehoben wurde, die Willensbildung vor allen ungerechtfertigten Einflüssen Dritter schützen will ²²⁾. Unter diesem Gesichtspunkt stellt

21) RGRKomm.10.Aufl.Anm. 3, Palandt Anm.3a je zu § 123 BGB. a.A.Hoffmann-Stephan Anm.2A und vor allem v.Godin Anm.1 aber auch RGZ Bd.104 S.80 je zu § 34 EheG.

22) RGRKomm.a.a.O.S.127, Pal.a.a.O., RGZ Bd.59 S.351, RG in WarnE 1910 Nr.263.

sich aber die Situation für den, wenn auch scherzhaft Bedrohten, völlig gleich derjenigen eines ernsthaft Bedrohten dar. Der herrschenden Lehre kann daher nicht zugestimmt werden. Maßgeblich für den Tatbestand der Drohung ist allein die äussere Tatsache der widerrechtlichen Drohung selbst, unabhängig von dem Willen und den Vorstellungen des Drohenden.

- 6) Liegen die dargelegten Voraussetzungen vor, so kann der Bedrohte die Aufhebung der Ehe begehren. Dieses Recht entfällt aber, sobald der Bedrohte nach Beendigung der Zwangslage zu erkennen gibt, dass er die Ehe dennoch fortsetzen will (§ 34 Abs. II EheG 46).

- III
- 1) Nach der hier vertretenen Auffassung entsprechen sich die Tatbestände der Art. 180 Abs. I C.c. und des § 34 EheG 46 in ihren Voraussetzungen völlig, nachdem auch der Zustand der Zwangslage als unter § 34 EheG fallend interpretiert und die von der herrschenden Meinung des deutschen Rechtes geforderte Absicht der Drohung als dem Tatbestand des § 34 EheG 46 nicht entsprechend erkannt werden konnten ²³⁾.
 - 2) Zum Abschluss dieser Untersuchungen über die Willensmängel bei der Eheschliessung sei noch auf die ausserordentliche Divergenz hingewiesen, die sich daraus ergibt, daß die Rechte des Code civil die Drohung im Gegensatz zum

23) Dagegen hat das schweizerische Recht den Tatbestand der Drohung erheblich eingeschränkt, Art. 126 schweiz.ZGB. Als Gegenstand der Drohung kommt nur das Leben, die Gesundheit und die Ehre in Betracht auch kann sie sich nicht auf jeden Dritten erstrecken, sondern nur auf den Ehepartner selbst und ihm nahe verbundene Personen.

Irrtum und der arglistigen Täuschung bei der Eheschliessung berücksichtigen.

Wenn die Drohung auch einem ersten Blicke nach als der "schlimmste" Willensmangel erscheint, so unterscheidet sie sich von der arglistigen Täuschung wertungsmässig ebensowenig, wie sich Nötigung und Betrug in ihrer allgemeinen strafrechtlichen Unrechtsbewertung voneinander unterscheiden. Tatsächlich sind auch bei der arglistigen Täuschung und der Drohung nur die Mittel verschieden, mit denen sie verfolgt werden: Einmal mit List und Lüge, das andere Mal mit offener Gewalt.

Wie man aber vom Bedrohten billig nicht verlangen kann, dass er massiven Drohungen oder gar tätlichen Angriffen standzuhalten hat - was die Gesetze des Code civil zur Eheschliessung ja auch incident berücksichtigt haben - so kann man von ihm ebensowenig besondere, den Täuschenden übertreffende Alugheit, Erfahrung und Weitsicht verlangen - wie es diese gesetzlichen Vorschriften tatsächlich fordern, indem sie die arglistige Täuschung als einen Willensmangel bei der Eheschliessung so gut wie nicht beachten. Auch dieser Vergleich zeigt, wie ungerechtfertigt nach einer rechtspolitischen, die Billigkeit berücksichtigenden Wertung die fast völlige Negierung der arglistigen Täuschung bei der Eheschliessung erscheint.

Für den Irrtum treffen diese letzteren Überlegungen allerdings nicht zu: Hier hat der Irrende regelmässig²⁴⁾ seine Leichtgläubigkeit oder seine Nachlässigkeit selbst

24) Es sei jedoch an Krankheit, Unfruchtbarkeit etc. erinnert, die festzustellen dem irrenden Partner vor der Eheschliessung auch nicht möglich ist, oder deren Feststellung die Rechtsordnung zumindest von dem Irrenden nicht verlangen kann.

"zu vertreten". Die Berücksichtigung des allgemeinen Irrtums bei der Eheschliessung kann daher nur nach Überlegungen der sozialen Zweckmässigkeit getroffen werden, wie sie auch bereits dargelegt wurden.

- 3) Das Fehlen dieser Ehevoraussetzung, die in gewissem Umfang eine von Willensmängeln freie Eheerklärung verlangt, kann in der Regel erst nach der Eheschliessung festgestellt werden; denn ein formaler Schutz derart, dass sich der Standesbeamte jeweils davon überzeugen könnte, dass solche Willensmängel nicht vorliegen, lässt sich nicht finden. Aus diesem Grund war bei der vorausgehenden Untersuchung immer wieder von Vernichtbarkeit und Aufhebbarkeit die Rede. Doch darf nicht übersehen werden, dass hier eine echte Ehevoraussetzung vorliegt; denn sie behandelt die Gültigkeit der jeweiligen Ehevillenserklärung, die ein Grunderfordernis jeder Eheschliessung ist.

§ 6

Die Einwilligung Dritter zur Eheschliessung.

Abgesehen von gültigen und unangreifbaren Ehwillenserklärungen der Eheschliessenden selbst, bedarf es unter gewissen Voraussetzungen noch der Einwilligung Dritter zur Eheschliessung. Diese Einwilligung Dritter darf nicht mit der Einwilligung des Vertretungsberechtigten nach deutschem Recht - im Falle der Minderjährigkeit eines Eheschliessenden oder in den diesen gleichgestellten Fällen - verwechselt werden. Vielmehr handelt es sich bei der hier zu untersuchenden Einwilligung um eine Erklärung des Berechtigten aus eigenem Recht, das ihm, zumindest in seiner historischen Konzeption, nicht im Interesse des Eheschliessenden allein sondern auch in seinem eigenen und im Interesse der Familie vom Gesetz gegeben wurde.

- A 1) Das vornapoleonische Recht hatte die Einwilligung der Eltern und, bei deren Wegfall, anderer Aszendenten beim Manne bis zum vollendeten 30., bei der Frau bis zum vollendeten 25. Lebensjahr verlangt. Verglichen am normalen Volljährigkeitsalter, das auch damals 21 Jahre betrug, und an der darüberhinaus noch früher möglichen Emanzipation, ergibt allein diese hohe Altersbegrenzung, dass die entsprechenden Vorschriften weniger dem Wohle des Abkömmlings als der Sicherung von Familieninteressen dienen sollten.
- 2) Vornehmlich diesen Überlegungen entsprachen dann auch die ursprünglichen Regelungen des Code civil in den Art. 148 ff C.c. Danach war die elterliche Einwilligung bei Männern bis zum 25., bei Frauen bis zum 21. Lebensjahr erforderlich. Darüberhinaus aber hatten alle Abkömmlinge über 25 bzw. 21 Jahren bei Lebzeiten ihrer Eltern diese förmlich um ihren Rat zu fragen. Verweigerten diese ihre

Zustimmung, so war eine Eheschliessung erst nach Verlauf einiger Zeit möglich. Die Eltern konnten aber in einem solchen Falle auch jederzeit ihre Gründe dem Gericht unterbreiten, und dieses war dann auch berechtigt, die Eheschliessung auszusetzen, soweit es sich um schwerwiegende Gründe handelte, die jedoch durchaus keine gesetzlichen Ehehindernisse darstellen mussten.

- 3) Es ist offenbar, dass eine solche Regelung den sozialen und gesellschaftlichen Anschauungen der neueren Zeit nicht mehr gerecht werden konnte, zumal auch in den vornehmlich romanischen Ländern die Familientradition und das Bewusstsein der Familienzusammengehörigkeit heute erheblich geringere Bedeutung besitzen als früher.

So ergingen denn seit dem Jahre 1880 in den Ländern Frankreich, Belgien und Luxemburg eine grosse Zahl gesetzlicher Änderungen auf diesem Gebiet. Vor allem aber hat sich auch die Vorstellung von deren Zweck erheblich gewandelt. Wurde früher das Interesse der gesamten Familie an der geplanten Eheschliessung in den Mittelpunkt dieser Vorschriften gestellt, so wird heute, wenn auch nicht ausschliesslich, so doch überwiegend, der Schutz des noch unerfahrenen Deszendenten als eigentlicher Sinn dieser Vorschriften erachtet ¹⁾.

1) Beudant No. 526; dagegen ergeben die Ausführungen von A. Ratier in Sir. 1928 S. 1313 f. ein falsches Bild: Erst durch die Beratungen zu den neueren Gesetzesänderungen, vornehmlich denen in Frankreich aus den Jahren 1927 und 1933, wurde der Gedanke der Berücksichtigung des Kindesinteresses in den Vordergrund geschoben, während die ursprüngliche gesetzliche Konzeption der Sicherung von Familieninteressen und Familientradition zumindest vornehmlich zu dienen hatte. Hinsichtlich der Entwicklung der Gesetzesänderungen in Frankreich, siehe Jessen "Der Ehekonsens" S. 18 ff., dessen Ausführungen im übrigen allerdings zu einem Teil durch eine Reihe weiterer Gesetzesänderungen überholt sind.

- 4) Das geltende französische, belgische und luxemburgische Recht (Art. 148 C.c. mit Art. 388 C.c., übereinstimmend) fordert bei ehelichen Kindern die elterliche Einwilligung bis zum vollendeten 21. Lebensjahr, also dem Eintritt der allgemeinen Volljährigkeit. Das Recht steht beiden Elternteilen gemeinsam zu, beide müssen von den Abkömmlingen gefragt werden.

Bestehen zwischen den Eltern Meinungsverschiedenheiten über diese Frage, so gilt dies in Frankreich als Einwilligung (Art. 148 C.c.fr.). Nach luxemburgischen Recht (Art. 148 Abs. I C.c. lux.) entscheidet in diesem Falle die Ansicht des Vaters. Dagegen ist nach jüngstem belgischem Recht (Art. 148 Abs. II C.c. belge, Neufassung durch Gesetz aus dem Jahre 1953) das Zivilgericht 1. Instanz anzurufen, dessen Entscheidung mit der Beschwerde angegriffen werden kann. Die Entscheidung ergeht allein unter Berücksichtigung der Kindesinteressen ²⁾.

Dasselbe gilt nach französischem und belgischem Recht auch dann, wenn die Ehe der Eltern geschieden ist und unabhängig davon, welchem der Elternteile die Sorge für das Kind übertragen wurde ³⁾. Diese Regelung gibt für das belgische Recht zu keinen Bedenken Anlass, da eine unabhängige dritte Instanz den Streitfall zu entscheiden hat. Dagegen erscheint die französische Regelung

- 2) Es ist dies ein Zeichen mehr dafür, wie stark sich der Gedanke der Sorge für den zwar Ehefähigen aber noch Minderjährigen in den Vordergrund des Interesses bei Behandlung dieser Fragen geschoben hat, das ehemalige familiäre Recht also wesentlich verdrängt worden ist.
- 3) Rouast No. 123, Beudant et Battifol No. 528, Colin-Capitant-de la Morandière No. 160. Eine andere Lösung ist hier nicht möglich, da das Einwilligungsrecht der elterlichen Gewalt entspringt, die mit der Scheidung und der Übertragung des Sorgerechtes auf den anderen Partner nicht erlischt.

recht bedenklich, da der nicht Sorgeberechtigte die Entwicklung des Kindes nicht überblicken kann und sehr oft schon aus anderen Überlegungen, etwa aus Hass und Missgunst gegenüber dem sorgeberechtigten Elternteil, zu einer diesem entgegengesetzten Entscheidung kommen wird. Das luxemburgische Recht hat diesen Gedanken Rechnung getragen und in Art. 148 Abs. III C.c. lux. für den Fall der Scheidung das elterliche Einwilligungungsrecht zur Eheschliessung bei Meinungsverschiedenheiten allein dem sorgeberechtigten Elternteil übertragen; d.h. der nicht Sorgeberechtigte muss zwar gefragt werden, divergiert jedoch seine Ansicht von der des Sorgeberechtigten, so kann sie keine Wirkungen entfalten.

- 5) Ist der eine Elternteil verstorben oder nicht in der Lage, seinen Willen zu erklären, was bei Verschollenheit, Geisteskrankheit (verbunden mit Entmündigung oder nicht⁴⁾ oder unbekannter Abwesenheit der Fall ist (Art. 149 C.c. übereinstimmend), so genügt die Einwilligung des verbleibenden Elternteils. Ob dem Fall der unbekannten Abwesenheit (absence) derjenige gleichzusetzen ist, in dem der Aufenthalt des Einwilligungsberechtigten wohl bekannt, dieser aber nicht erreichbar ist (z.B. im Falle der Kriegsgefangenschaft), ist bestritten, aber anzunehmen, da das Gesetz mit der genannten Regelung beabsichtigt, Eheschliessungen nicht an solchen äusseren Gegebenheiten scheitern zu lassen⁵⁾.

Abgesehen von den genannten Fällen, in denen ein Einwilligungsberechtigter aus tatsächlichen Gründen übergangen wird, kann einem Einwilligungsberechtigten auch das Recht im Zusammenhang mit dem Verlust der elterli-

- 4) Jedoch in diesem Falle nur, wenn die Geisteskrankheit auch zu einem Ausschluss der freien Willensbestimmung geführt hat. - Siehe oben § 4 B I.

- 5) Rouast No. 126 mit Nachweisen.

chen Gewalt entzogen werden ⁶⁾. Wird die elterliche Gewalt im Gesamten entzogen, so fällt dieses Recht automatisch mit darunter, wird sie jedoch nur teilweise entzogen, so muss dieses Recht in der Entscheidung ausdrücklich als entzogen aufgeführt werden.

Der so von seinem Einwilligungsrecht ausgeschlossene Elternteil gilt bei Beurteilung der Frage, wem dann das Recht zusteht, als tot.

- 6) Eine Überprüfung oder Ersetzung der elterlichen Entscheidung ist in Frankreich und Luxemburg in keinem Falle möglich. Aber auch in Belgien ist diese elterliche Entscheidung unangreifbar, wenn sich die Eltern entweder einig sind oder nur ein Elternteil einzuwilligen hat und dieser die Einwilligung ablehnt ⁷⁾.

Allerdings ist zu erwähnen, dass gerade Art. 2 Ziff. 6 des genannten französischen Gesetzes vom 24. Juli 1889 (und entsprechend auch die genannten belgischen und luxemburgischen Gesetze) die Möglichkeit bietet, den oder die Einwilligungsberechtigten in der Form einer teilweisen Entziehung der elterlichen Gewalt insoweit ihres Rechtes zu entkleiden, wenn sie durch die Ablehnung offensichtlich gegen das Interesse und das Wohlergehen des Kindes handeln. Da auf solche Weise anderen, der Ehe möglicherweise geneigten Aszendenten das Einwilligungsrecht zufallen kann, geben diese Vorschriften, in einem allerdings sehr engen Rahmen, eine gewisse Möglichkeit der Überprüfung, die wenigstens in der Lage ist, reine Schikane der Einwilligungsberechtigten zu vermeiden ⁸⁾.

6) Frankreich: Gesetz vom 24. Juli 1889 Art. 1 ff.-Belgien: Gesetz vom 15. Mai 1912 Art. 2 ff. Luxemburg: Gesetz vom 2.8.1939 Art. 1 ff.

7) Rouen vom 26. Juli 1951 in D.P. 1951.532: "...Le refus des parents de consentir au mariage de leur enfant mineur n'est susceptible d'aucun recours.."

8) Tribunal Louvain vom 29. März 1954 in J.B. 1954 S. 379 Ziff. 4.

- 7) Ist keiner der Eltern mehr am Leben oder keiner in der Lage, seinen Willen zu erklären, so geht das Einwilligungsrecht auf die Grosseltern über (Art. 150 Abs. I C.c. übereinstimmend).

Bestehen Meinungsverschiedenheiten innerhalb eines Grosselternpaares, so ist dies nach französischem (Art. 150 Abs. I S. 2. C.c. fr.) und belgischem Recht (Art. 150 Abs. II C.c. belge) als Einwilligung zu werten, nach luxemburgischen Recht dagegen (Art. 150 Abs. II C.c. lux.) entscheidet die Ansicht des Grossvaters. Besteht dagegen die Meinungsverschiedenheit zwischen den einzelnen Linien, so gilt diese übereinstimmend als Einwilligung (Art. 150 Abs. I S. 2 C.c. fr., Art. 150 Abs. II C.c. belge und Art. 150 Abs. III C.c. lux.). Damit genügt nach französischem und belgischem Recht praktisch die Einwilligung eines Grosselternteiles, nach luxemburgischem Recht auch, jedoch nur, wenn es sich bei diesem um einen Grossvater handelt.

Ist in einer Linie ein Grosselternteil tot oder nicht in der Lage seinen Willen zu erklären, so genügt wieder die Einwilligung des anderen Teiles.

- 8) Fraglich erscheint, ob für den Fall, dass auch keine Grosseltern mehr am Leben sind oder keine mehr ihren Willen erklären können, weitere Voreltern, etwa noch lebende Urgrosseltern, zustimmungsberechtigt sind. Dies wird allgemein bejaht ⁹⁾, wobei die Formulierung des Gesetzes "aieuls et aieules" (wörtlich: Grossväter und

- 9) Colin-Capitant-de la Morandiére No. 160 S. 142, Josserand No. 730, 731; Rouast No. 128, Bédant No. 529, 530; Savatier No. 171, Planiol-Ripert-Boulanger No. 849, De Page No. 589 Ziff. 2.

Ob diese Ansicht für Belgien heute noch Gültigkeit hat, könnte zunächst fraglich erscheinen, da dieses Land mit Gesetz vom 14.7.1953 den Art. 153 C.c. belge neu gefasst hat. Doch hat der Gesetzgeber in Kenntnis der Auslegung den bisherigen Wortlaut beibehalten, so dass nicht anzunehmen ist, dass er damit eine Änderung der bisherigen Auffassung herbeiführen wollte, obwohl der reine Wortlaut der Gesetzesvorschrift nach wie vor zu Zweifeln Anlass geben kann.

Grossmütter) als generelle und nicht als spezifische Bezeichnung aufgefasst wird ¹⁰⁾. Dieser Ansicht kann, im Hinblick auf ihre äusserst geringe praktische Bedeutung, ohne eine weitergehende Untersuchung zugestimmt werden, zumal diese Lösung nach der ursprünglichen Absicht des Gesetzes am ehesten zur Wahrung der Familieninteressen geeignet ist und auch nach der neueren Auffassung die Urgrosseltern wohl in der Lage sind, die Interessen des Kindes zu beurteilen.

Unrichtig dagegen erscheint die Ansicht von Rouast ¹¹⁾, der das Zustimmungsrecht weiterer Voreltern schon dann annimmt, wenn von der vorgehenden Linie der Grosseltern keine mehr am Leben sind bzw. ausserstande sind, ihren Willen zu erklären. Wie sich aus Art. 149 C.c. (übereinstimmend) ergibt, begnügt sich das Gesetz bei Ausfall der einen Linie mit der Erklärung der anderen Linie. Dasselbe muss auch für das Zustimmungsrecht des 2. Grades gelten: Verwandte gerader Linie des 3. Grades haben erst dann ein Zustimmungsrecht, wenn überhaupt keine Verwandten des vorhergehenden Grades mehr in der Lage sind, eine entsprechende Erklärung abzugeben. Diese Erwägung erscheint nach dem Wortlaut des Gesetzes stichhaltiger als der Hinweis darauf, dass Art. 150 C.c. (übereinstimmend) zwischen den einzelnen Graden weiterer Voreltern nicht ausdrücklich mehr unterscheidet.

- 9) Erst wenn keine Voreltern mehr am Leben sind, beziehungsweise nicht mehr in der Lage sind, ihren Willen zu erklären, kommen die Art. 159 C.c. fr., Art. 160 C.c. belge und C.c. lux. (übereinstimmend) zur Anwendung: Die Zustimmung zur Eheschliessung muss dann vom Familienrat erteilt werden, der sich gemäss Art. 407 C.c. (gleichlautend) aus dem Friedensrichter und je 3 mög-

10) De Page a.a. O., Rouast a.a. O.

11) Rouast No. 128 - Ähnlich De Page No. 589.

lichst nahen Verwandten oder Verschwägerten der väterlichen und der mütterlichen Linie zusammensetzt. Er entscheidet durch Abstimmung mit einfacher Mehrheit, aber als Organ der Familie und damit nicht zwangsläufig nur im Interesse des Kindes. Dies ergibt allein schon die Tatsache, dass dieses Recht nicht dem Vormund als dem gesetzlichen Vertreter des minderjährigen Ehewilligen zusteht, sondern gerade diesem Familienorgan¹²⁾.

Auch diese Entscheidung des Familienrates ist nach französischem Recht unangreifbar. Allerdings war dies früher in der Literatur Frankreichs lebhaft umstritten¹³⁾, da Art. 883 Abs. II Code de proc.civ. (übereinstimmend in allen drei Ländern) bestimmt, in welcher Form Vormund, Gegenvormund und Mitglieder dieses Familienrates gegen dessen Entscheidungen Klage erheben können. Doch enthält diese gesetzliche Vorschrift kein materielles, sondern nur formelles Recht. Weder aber in Art. 159 noch in Art. 407 C.c. findet sich eine materielle Vorschrift, die für diesen Fall das Anfechtungsrecht vorsieht, ganz im Gegensatz zu sonstigen Entscheidungen des Familienrates, etwa Art. 507 C.c. Der französische Kassationshof hat dementsprechend auch in ständiger Rechtsprechung die Unangreifbarkeit einer solchen Entscheidung vertreten¹⁴⁾.

Diese Ansicht der französischen Judikatur wurde dann durch eine viel umstrittene Gesetzesänderung aus dem Jahre 1944 vom Gesetzgeber bestätigt, indem in den Text des genannten Art. 883 Abs. II C.de proc.civ. der Nebensatz "... , in den im Code civil vorgesehenen Fällen, ..." eingefügt wurde.

12) Planiol-Ripert-Savatier No. 582.

13) Siehe Rouast No. 129 und Planiol-Ripert-Savatier Bd. I No. 517 S. 582 mit einer Vielzahl von Literatur- und Rechtsprechungsnachweisen.

Damit ist der heutige gesetzliche Zustand hinsichtlich dieser Frage in Frankreich klargelegt. Doch wäre gerade in diesem Fall eine gerichtliche Überprüfung rechtspolitisch durchaus wünschenswert, da sich solche Gremien von ferneren Verwandten, denen das Schicksal dieser Minderjährigen doch nicht so nahe liegt, möglicherweise nicht nur von sachlichen Erwägungen leiten lassen¹⁵⁾.

In Belgien gelangt die Lehre und Rechtsprechung bei der Entscheidung dieser Frage, trotz wiederum genau des gleichen gesetzlichen Wortlautes, zu dem entgegengesetzten Ergebnis¹⁶⁾. Sie sieht in der genannten gesetzlichen Vorschrift des Art. 883 Abs. II C. de proc.c. belge nicht nur die formelle sondern auch die materielle Grundlage eines Klagerechtes¹⁷⁾.

Dementsprechend können zustimmende wie ablehnende Entscheidungen des Familienrates zu dieser Frage in Belgien vor das Zivilgericht 1. Instanz gebracht werden, gegen dessen Entscheidung die Beschwerde an den Appellhof möglich ist. Die Klage kann jedoch nur von dem Vormund, dem Gegenvormund sowie von den Mitgliedern des Familienrates erhoben werden, nicht dagegen von dem betroffenen Minderjährigen selbst. Das Gericht hat gegebenenfalls nicht nur die Entscheidung des Familien -

- 14) Cass. fr. vom 23. Juni 1902 in D.P.1902.1.347, Cass. fr. vom 21. Juli 1925 in D.H. 1925.650; Cass.fr.vom 5.Juni 1929 in D.H. 1929.394.- a.A.Nîmes vom 3.Juni 1931 in D.H. 1931. 470.
- 15) Colin-Capitant-de la Morandière No. 160 und No.168; Rouast No.129, Beudant S. 406 Fussnote 2, Planiol-Ripert-Savatier No.517.
- 16) Allerdings ist in Belgien eine der französischen Novelle aus dem Jahre 1944 ähnliche Gesetzesänderung nicht erlassen worden.
- 17) De Page Bd. I No.589 Ziff. 3 und Fussnote 1 S.653 und Bd. II No.122 Cass.belge vom 3.Juni 1920 in Pas. belge 1920.I.183; Bruxelles vom 11.Juni 1890 in Pas.belge 1890.II.363.

rates aufzuheben, sondern seine eigene an dessen Stelle zu setzen. 18).

Eine luxemburgische Entscheidung zu dieser Frage ist uns nicht bekannt geworden.

Der französischen Rechtsansicht wäre auch ohne die im Jahre 1944 erfolgte Gesetzesänderung zu folgen, da sich aus dem Wortlaut und der Stellung des fraglichen Art. 883 C. de proc. civ. ergibt, dass mit dieser Vorschrift nur die formellen Erfordernisse eines Klagerechtes geschaffen werden sollten, während die materiell-rechtlichen Voraussetzungen eines solchen Rechtes dem Code civil oder ähnlichen Gesetzen zu entnehmen sind.

Da jedoch die Entscheidungen der belgischen Obergerichte und des belgischen Kassationshofes die dargelegte Ansicht seit 1890 in ständiger Rechtsprechung vertreten, erübrigt sich eine weitere gegensätzliche Stellungnahme. Im übrigen darf nicht übersehen werden, dass sich diese Ansicht, so sehr sie auch der objektiven Gesetzeslage widersprechen mag, doch sehr harmonisch in das seit 1953 gültige neue belgische System einfügt, das in Art. 148 Abs. II C.c. belge bei Uneinigkeit der Elternteile die gerichtliche Entscheidung vorsieht.

- 10) Erwähnt sei, dass in den ehemals deutschen Gebieten von Elsass-Lothringen, heute den Departements Haut-Rhin Bas-Rhin und Moselle gemäss den Gesetzen vom 1.6.1924 und 15.3.1943 die dort durch das deutsche BGB eingeführte Regelung zum Teil weitergilt. So hat an Stelle des Familienrates dort der Vormund zur Eheschliessung zuzustimmen, dessen Entscheidung einer eventuellen gerichtlichen Nachprüfung durch dort eingerichtete Vormundschaftsgerichte unterliegt 19).

18) De Page Bd. II No. 122 Ziff. 1.

19) Colin-Capitant-de la Morandière Fussnoten auf S. 143 und S. 145; Rouast No. 130.

11) Das Zustimmungsrecht zur Eheschliessung steht im Falle der Adoption dem oder den Adoptierenden zu, Art. 351 C.c. fr., Art. 348 C.c. belge ²⁰⁾. Hat ein Ehepaar einen Minderjährigen adoptiert, so gelten für dessen Eheschliessung dieselben Regeln, wie wenn es sich um ihr eheliches Kind handeln würde: Beide "Eltern" müssen gefragt werden und sich erklären. Nach französischem Recht gilt dann auch hier die Meinungsverschiedenheit als Zustimmung (Art. 351 Abs. II. C.c.fr.), während nach belgischem Recht das Zivilgericht 1. Instanz angerufen werden muss (Art. 348 i.V. m. Art. 148 Abs. II C.c. belge). Hat nur ein Ehegatte adoptiert, so ist allein dessen Zustimmung erforderlich und entscheidend. Dasselbe gilt; wenn einer von beiden Annehmenden verstorben oder ausserstande ist, seinen Willen zu erklären.

Ist der alleinige Annehmende oder sind im Falle beiderseitiger Adoption beide Annehmenden gestorben oder ausserstande, ihren Willen zu erklären, so fällt das Zustimmungsrecht an die natürlichen Aszendenten des Adoptierten zurück (Art. 348 Abs. III C.c. belge, Art. 351 Abs. VII C.c. fr. ²¹⁾). Es gelten dann wieder die

20) Für Luxemburg erübrigt sich eine derartige Vorschrift, da dort noch die ursprüngliche Regelung des Code civil in Kraft ist, die eine Adoption erst nach erreichter Volljährigkeit des zu Adoptierenden vorsieht (Art. 346 C.c. lux.). Der ehewillige Adoptierte bedarf also in keinem Falle mehr der hier interessierenden Einwilligung.

21) Diese Vorschriften lassen erkennen, dass die Rechte des C.c. dieses Zustimmungsrecht als einen Ausfluss der allgemeinen elterlichen Gewalt (puissance paternelle) ansehen; infolgedessen kann auch, wie schon erwähnt wurde, dies Zustimmungsrecht bei völligem oder teilweisem Entzug der elterlichen Gewalt entfallen. - Siehe auch Jessen a.a.O.S. 17.

allgemeinen Vorschriften, wie sie oben dargelegt wurden. Dieselben Regeln gelten für die heute nur noch dem französischen und luxemburgischen Recht bekannte *légitimation adoptive* (Art. 370 C.c. fr. und lux. i. V. m. Art. 148 ff C.c. fr. und lux.), die in Belgien mit der Neuordnung des Adoptionsrechtes durch Gesetz vom 22. März 1940 weggefallen ist.

- 12) Besondere Vorschriften gelten für die Einwilligung zu Eheschliessungen Minderjähriger unehelicher Geburt. Da nach französischem, belgischem und luxemburgischem Recht nur diejenigen Elternteile eines unehelichen Kindes als mit diesem verwandt gelten, die es anerkannt haben ²²⁾, kommen für die Frage der Zustimmung zu einer Eheschliessung auch nur solche Elternteile in Betracht, die ein solches Anerkenntnis abgegeben haben, Art. 158 C.c. (übereinstimmend). Es gelten die gleichen Vorschriften wie bei ehelichen Kindern, nur dass weitere Aszendenten zur Einwilligung nie in Frage kommen, da das uneheliche Kind, selbst wenn es anerkannt worden ist, als mit ihnen nicht verwandt gilt.

Wurde das uneheliche Kind von keinem Elternteil anerkannt oder sind der oder die anerkennenden Elternteile verstorben bzw. ausserstand, ihren Willen zu erklären, so hat in Belgien (Art. 159 C.c. belge) der Vormund, in Luxemburg (Art. 195 C.c. lux.) ein "tuteur ad hoc" ²³⁾ die Einwilligung zu erklären, in Frankreich dagegen ein Vormundschaftsrat (Art. 159 Abs. II i. V. m. Art. 389 Abs. XII und XIII C.c. fr.), der in jedem Jahr, in jedem Kreis unter Vorsitz des Friedensrichters gebildet

22) Dieses Anerkenntnis ist dem, bekanntlich nur in seltenen Fällen zulässigen, die Mutter- bzw. Vaterschaft feststellenden Urteil gleichzusetzen.

23) Etwa einem Ergänzungspfleger gleichzuachten.

wird und dessen Entscheidungen der gerichtlichen Kontrolle unterliegen (Art. 389 letzter Absatz C.c.fr.i. V.m. Art. 882, 883, C. de proc civ.fr.).

- 13) Alle diese vorgetragenen Regelungen gelten für den Minderjährigen auch dann, wenn er emanzipiert wurde. Zwar erhält er durch diese Emanzipation im wesentlichen die Stellung eines Volljährigen, doch verbleiben gewisse Rechte bis zur endgültigen, tatsächlichen Volljährigkeit, die allein durch das Alter erreicht werden kann, bei den bisher Berechtigten. Unter diese Rechte fällt auch das Zustimmungsrecht zur Eheschliessung ²⁴⁾ (für Belgien und Luxemburg auch arg.Art.148 C.c.belge und lux., die nur das Alter nennen, ohne auf die Volljährigkeit direkt Bezug zu nehmen.). Dabei ergibt sich für das belgische Recht die - allerdings sehr seltene - Schwierigkeit bei der Frage, wer zustimmungsberechtigt ist im Falle eines unehelichen, aber anerkannten Minderjährigen, dessen Eltern oder dessen Elternteil nach seiner Emanzipation verstorben ist. Das belgische Recht, Art. 405 Abs. II C.c. belge sieht nämlich für diesen Fall eine Vormundschaft über den Minderjährigen nicht vor. Es muss daher hier das Erfordernis der Bestellung eines, dem belgischen Recht ebenfalls bekannten, "tuteur ad hoc" angenommen werden; denn es ist sicher, dass das belgische Recht keinem Minderjährigen unter 21 Jahren die Ehe ohne eine solche Einwilligung gestatten wollte, arg.Art. 148 C.c.belge.
- 14) Die Einwilligung selbst hat zu einer ganz bestimmten Ehe zu erfolgen, eine generelle Einwilligung des oder der Berechtigten genügt nicht ²⁵⁾.

24) De Page Bd. I No. 589 Ziff.4 und 590 Ziff.2 sowie Bd. II No. 255 f.

25) Fuzier-Hermann No.1 zu Art. 148 C.c., Colin-Capitant-de la Morandière No.168, Rouast No.140 Ziff.1, Planiol-Ripert-Boulanger Nr. 865; arg.Art.73 C.c. (gleichlautend).

Dies spielt keine Rolle, wenn die Einwilligung mündlich bei der Eheschliessung erklärt wird; doch kann sie auch schriftlich erfolgen und muss dann die entsprechenden Angaben über die Person des anderen Partners enthalten. Das gleiche gilt, wenn eine Uneinigkeit der Zustimmungsberechtigten festzustellen ist, was unter Wahrung bestimmter Formerfordernisse zu erfolgen hat (Art. 155 C.c. fr., Art. 148 Abs. IV C.c. belge, Art. 148 Abs. II C.c. lux). Die vor der Eheschliessung erteilte Einwilligung ist bis zur Eheschliessung frei widerruflich ²⁶⁾. Die vorher erteilte Einwilligung wird hinfällig, wenn der Berechtigte vor der Eheschliessung stirbt oder seine Erklärungsfähigkeit verliert ²⁷⁾.

- 15) Auf die verschiedensten Vorschriften, die den Nachweis des Ablebens eines Berechtigten oder seine Unfähigkeit zur Abgabe der Einwilligungserklärung betreffen, soll hier nicht näher eingegangen werden, da die gesetzlichen Regelungen zwar kompliziert, aber minutiös erfolgt sind und sich besondere Zweifelsfragen in diesem Zusammenhang nicht ergeben.
- 16) Eine ohne diese Einwilligung geschlossene Ehe ist vernichtbar, Art. 182, 183 C.c. (übereinstimmend). Sie ist es weiterhin auch dann, wenn die Einwilligung auf Grund einer Drohung, einer arglistigen Täuschung oder im Irrtum erklärt wurde, soweit ein solcher Willensmangel nach den Vorschriften der Art. 1109 ff C.c. (gleichlautend) beachtlich ist. Nicht anzuwenden sind also in einem solchen Fall die Sondervorschriften des Art. 180 C.c., da die Einwilligung eine den allgemeinen Regeln unterstehende Willenserklärung ist.

- 26) Doch ist es möglich, dass der Einwilligungsberechtigte deshalb für den eingetretenen Schaden aus dem weiten Gedanken des Deliktsrechtes des Code civil (Art. 1382 ff C.c. gleichlautend) haftet. Siehe dazu Lyon vom 23. Januar 1907 in D.P. 1908.2.73 und Rouast No. 141.

17) Wurde zu Beginn dieser Ausführungen die grundlegende systematische und historische Verschiedenheit der Einwilligung der Aszendenten nach den Rechten des Code civil gegenüber der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Eheschliessung Minderjähriger oder beschränkt Geschäftsfähiger nach deutschem Recht betont, so darf doch die sich aus der praktischen Folge ergebende Ähnlichkeit nicht übersehen werden. Nach beiden Rechtssystemen dienen diese Vorschriften heute dem Schutze des Minderjährigen und legen die Entscheidung darüber naturgemäss in die Hände der sorgeberechtigten Eltern. Ihre bedeutsamsten praktischen Verschiedenheiten aber liegen darin, dass nach deutschem Recht auch nach Wegfall der Eltern immer der gesetzliche Vertreter, nach französischem Recht dagegen fast ausnahmslos Aszendenten oder weitere Verwandte zur Einwilligung berufen sind und dass nach deutschem Recht diese elterliche Entscheidung der gerichtlichen Kontrolle unterliegt, während eine solche den Rechten des Code civil unbekannt ist; denn die nach belgischem Recht vorgesehene gerichtliche Entscheidung bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eltern ist keine Kontrolle des elterlichen Einwilligungsrechtes sondern nur eine Lösung der Frage, welcher der beiden Ansichten der Vorzug zu geben ist.

B. 1) Darüberhinaus kannten die Rechte des Code civil einen sogenannten *acts respectueux*, ein förmliches und ehrerbietiges Um-Rat-Fragen, das von allen ehelichen und anerkannten unehelichen Abkömmlingen bei Lebzeiten ihrer Eltern diesen gegenüber zu erfolgen hatte, sobald sie deren förmlicher Einwilligung zur Eheschliessung nicht mehr bedurften. Eine Beschränkung auf ein Höchstalter kannte die ursprüngliche Fassung des Code civil

27) Fuzier-Herman No.7 zu Art.148 C.c., Rouast No.142, Colin-Capitant-de la Morandière No.168.

nicht. Dagegen hatte es nur den Eltern gegenüber, nie an deren Stelle gegenüber weiteren Aszendenten, zu geschehen.

Verweigerten die Eltern oder ein Elternteil die Einwilligung zur Eheschliessung, so konnte dennoch nach Ablauf einer gewissen Frist die Ehe geschlossen werden, doch hatten die Eltern die Möglichkeit, ein besonderes gerichtliches Einspruchsverfahren einzuleiten mit dem Ziel, die Eheschliessung zu verhindern.

Berücksichtigt wurden mit diesem Institut über die Zeit der förmlichen elterlichen Einwilligung zur Eheschliessung hinaus nur die Interessen der Familie an der geplanten Eheschliessung.

Es ist daher unrichtig, wenn Jessen versucht darzulegen,²⁸⁾ zwischen der förmlichen Einwilligung und diesem acte respectueux müsse ein wesentlicher Unterschied gesehen werden; in Wirklichkeit haben beide Rechtseinrichtungen dieselbe historische Wurzel in der Hervorhebung des Familieninteresses, der Familientradition und der Respektierung des elterlichen Willens, und beide haben sich heute zu einer überwiegenden Betonung und Beachtung des Kindesinteresses entwickelt. Dieser acte respectueux ist daher auch als eine über ihre eigentliche Dauer hinaus fortwirkende letzte Ausstrahlung der elterlichen Gewalt anzusehen.

- 2) Die Fortentwicklung dieser Einrichtung verlief in den einzelnen Ländern verschieden. Frankreich hat mit einem Gesetz aus dem Jahre 1933 dieses Rechtsinstitut gänzlich beseitigt, aus dem Gefühl, dass es mehr geeignet sei, von den Eltern missbraucht zu werden, als dem nunmehr betonten Interesse des Kindes zu dienen.
- 3) Dagegen hat Belgien auch bei seiner letzten Bearbeitung des Eheschliessungsrechtes im Jahre 1953 diesen acte respectueux bestehen lassen (Art. 151 C.c. belge), ihn

28) Jessen a.a. O.S. 20 f.

allerdings auf Abkömmlinge im Alter zwischen 21 und 25 Jahren beschränkt. Wird die Einwilligung auf die förmliche Befragung hin verweigert, so kann die Eheschliessung nach Verlauf eines Monats erfolgen, Art. 152 Abs. I C.c.belge.

Daneben steht jedoch den Eltern, einzeln oder gemeinschaftlich, das Recht zu, Einspruch gegen die Eheschliessung vor dem Gericht 1. Instanz einzulegen ²⁹⁾, Art. 152 Abs. II C.c. belge.

Das Gericht hat dann unter Prüfung aller erheblichen Umstände im Interesse des Kindes zu entscheiden, wobei es allerdings nicht nur auf die förmlichen Ehehindernisse beschränkt ist, sondern auch alle anderen Tatsachen berücksichtigen kann, allerdings nur insoweit, als sie von wirklich schwerwiegender Bedeutung sind; denn es bestehen keine Zweifel darüber, dass diese gesetzliche Möglichkeit ein schwerwiegender Eingriff in das Recht der freien Willensbestimmung ist, das mit der Volljährigkeit erreicht wird. Nur in den seltensten Fällen wird daher das Gericht zu der Entscheidung kommen, die Eheschliessung auszusetzen ³⁰⁾.

Um einige Fälle aus der Rechtsprechung zu nennen: Eine Aussetzung der Eheschliessung durch das Gericht kommt in Frage, wenn die geplante Ehe die Zukunft der Verlobten oder die Familienehre aufs Schwerste zu beeinträchtigen droht ³¹⁾; auch wenn der Altersunterschied besonders gross ist und berechtigte Zweifel an der Ehrenhaftigkeit der Frau bestehen ³²⁾; ebenso

29) Dieser Einspruch ist nicht mit dem später zu behandelnden förmlichen Einspruch (opposition) gemäss Art. 172 C.c. (gleichlautend) zu verwechseln.

30) Tribunal Anvers vom 18. März 1954 in J.B. 1954 S. 378 Ziff. 3 und Tribunal Courtrai vom 10. April 1952 in J.B. 1953 S. 393 Ziff. 3.

31) Brüssel vom 15. Januar 1924 in Pas.belge 1924.II.64

32) Brüssel vom 15. Dez. 1906 in Pas.belge 1907.III.179.

wenn der zukünftige Ehemann nicht in der Lage ist, für den gesicherten Unterhalt der zukünftigen Familie zu sorgen³³⁾. Dagegen kann eine solche gerichtliche Aussetzung der Eheschliessung nicht erfolgen, wenn nur gesellschaftliche Fragen oder religiöse Belange berührt werden^{34) 35)}.

Hat der Abkömmling, dies sei wiederholt, das 25. Lebensjahr vollendet, so ist weder der acte respectueux mehr erforderlich, noch haben die Eltern dieses besondere Einspruchsrecht. Auch wird eine möglicherweise vorher ergangene Entscheidung, welche die Eheschliessung aussetzte, automatisch gegenstandslos.

- 4) Für das luxemburgische Recht (Art.151 ff.C.c.lux) gilt das gleiche wie für das belgische Recht; nur dass dort der acte respectueux keiner altersmässigen Beschränkung unterliegt, d.h. auch über das 25. Lebensjahr hinaus bis zum Ableben der Eltern diesen gegenüber erbracht werden muss. Doch steht diesen auch nach luxemburgischem Recht das genannte besondere Einspruchsrecht über das 25. Lebensjahr hinaus ebenfalls nicht zu, Art.153 C.c. lux. Damit kann nach luxemburgischem Recht bei Abkömmlingen, die das 25. Lebensjahr vollendet haben, auch bei ablehnender Haltung der Eltern nach Verlauf eines Monats auf jeden Fall die Ehe geschlossen werden.
- 5) Für die Einwilligung der Eltern auf diesen acte respectueux hin gelten dieselben Grundsätze, wie sie bei der Einwilligung zur Ehe Minderjähriger oben dargelegt wurden.

33) Brüssel vom 19. Febr. 1915 in B. J. 1920.13.

34) Gand vom 17. Mai 1902 in Pas.belge 1903.II.197, Tribunal Anvers vom 6. Dez. 1951 in J.B.1952 S.316 Ziff.4

35) Setzt das Gericht die Eheschliessung auf einen solchen Einspruch hin aus, so bildet diese Aussetzung eine Ehehindernis in se, das jedoch nur aufschiebenden, nicht trennenden Charakter hat; siehe dazu Luxemburg vom 24. Nov. 1937 in Pas.lux.Bd.XIV.175.

Wird eine Ehe geschlossen, ohne dass eine Befragung, soweit erforderlich, erfolgt wäre, so ist die Ehe dennoch voll gültig und unangreifbar.

- II 1) Diesem Komplex des französischen, belgischen und luxemburgischen elterlichen und familiären Einwilligungsrechtes zur Eheschliessung von Abkömmlingen, das, so sehr es auch weitgehend praktische Ähnlichkeiten mit der Erklärung des Vertretungsberechtigten nach deutschem Recht aufweisen mag, doch systematisch immer eine eigenständige, von der Willenserklärung des Abkömmlings selbst völlig unabhängige Erklärung darstellt, ist im deutschen Recht nur das Einwilligungsrecht des Sorgeberechtigten gemäss § 3 Abs. II EheG 46 vergleichbar; denn diese Einwilligungserklärung ist von der Willenserklärung des Minderjährigen unabhängig, berührt deren Wirksamkeit also nicht. Sie wurde dem Sorgeberechtigten im Interesse des Kindes als höchstpersönliches Recht verliehen, da gerade in Fällen der Trennung von Vertretungsrecht und Sorgerecht ³⁶⁾ der Sorgeberechtigte, in dessen Erziehung und Pflege sich das Kind befindet oder befand, diese Interessen besonders zu würdigen versteht.

Die Schwierigkeit gegenüber der Regelung des Code civil besteht wieder darin, dass sich der oder die Berechtigten nicht einfach nach dem Grade ihrer Verwandtschaft, sondern erst nach Prüfung der Vorschriften des allgemeinen Familienrechtes ermitteln lassen.

- 2) Entsprechend der Beendigung des Sorgerechtes mit Erreichung der Volljährigkeit, sei es durch Alter oder durch Erklärung, endigt auch die Notwendigkeit der Einwilligung des Sorgeberechtigten mit dem Ende der Minderjährigkeit.

- 3) Lehnt der Sorgeberechtigte die Einwilligung ab, so kann der betroffene Minderjährige eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes gemäss § 3 Abs. III EheG herbeiführen, die nur seine Interessen zu berücksichtigen hat.
- 4) Für die Einwilligungserklärung des Sorgeberechtigten selbst gelten dieselben Regeln, wie sie gleichermassen für die Rechte des Code civil und für die Erklärung des Vertretungsberechtigten nach deutschem Recht bereits dargelegt wurden ³⁷⁾.
-

36) Hinsichtlich der Möglichkeiten eines solchen Auseinanderfallens von Vertretungs- und Sorgerecht, siehe die Übersichten bei v. Godin Anm. 4 zu § 3 EheG (jedoch nicht mehr für den Fall der ehelichen Mutter bei Lebzeiten auch des Vaters, da jener nach neuem Recht nunmehr ebenfalls Vertretungs- und Sorgerecht im Regelfalle zusteht) und bei Gerold Anm. 5-11 zu § 3 EheG 46.

37) Gerold Anm. 12 ff zu § 3 EheG., v. Godin Anm. 6; a.A., aber zu Unrecht Jessen a.a.O.s. 10 und S. 13, indem er ausführt, dass der gesetzliche Vertreter auf sein Einwilligungsrecht (und seine Pflicht zur Erklärung) nicht wirksam verzichten könne, während der Sorgeberechtigte dies könne. Jessen übersieht dabei, dass die Bestimmung des § 3 Abs. III EheG ein Ausfluss des allgemeinen Sorgerechtes für die Person des Minderjährigen ist, dieses Sorgerecht aber ebenso wie das Vertretungsrecht nicht nur ein Recht sondern auch eine Pflicht beinhaltet, der sich der Sorgeberechtigte nicht wirksam entziehen kann. - Der Fehler Jessens, Aszendenteneinwilligung nach dem Code civil und Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nach deutschem Recht als eine Berücksichtigung der Interessen des Minderjährigen, acte respectueux und Einwilligung des Sorgeberechtigten dagegen als Berücksichtigung der Familieninteressen aufzufassen, kommt hier besonders zur Erscheinung. In Wirklichkeit dienen alle diese Vorschriften, mit Ausnahme vielleicht des acte respectueux nach luxemburgischen Recht, soweit er die Altersgrenze von 25 Jahren überschreitet, heute fast ausschliesslich dem Schutze des Minderjährigen oder noch jungen Menschen und stellen daher für die zur Einwilligung Berufenen nicht nur ein Recht sondern auch eine Pflicht dar.

Eine ohne die erforderliche Einwilligung des Sorgeberechtigten geschlossene Ehe ist gültig und unangreifbar.

III

Zum Abschluss dieser Ausführungen über die Notwendigkeit der Einwilligung Dritter zur Eheschliessung sei noch auf die erforderliche Einwilligung gewisser Behörden hingewiesen:

- 1) In Frankreich bedürfen alle im aktiven Dienst stehenden Offiziere, Unteroffiziere und Mannschaften des Heeres, der Luftwaffe und der Marine sowie alle Angehörigen der Polizei zur Eheschliessung der Genehmigung ihrer vorgesetzten Dienststellen (Verordnung vom 16. Juni, 3. und 28. August 1808 sowie Gesetz vom 31. März 1928). Desgleichen bedürfen alle Angehörigen des diplomatischen Corps, des konsularischen Dienstes sowie alle höheren Beamten des auswärtigen Amtes der Genehmigung des Ministers des Äusseren (Verordnung vom 15.7. 1938 und 19. September 1951, Art. 43 f.)
- 2) In Belgien gilt das gleiche für alle Angehörigen des aktiven Militärdienstes (Art. 68 der königlichen Verordnung vom 17. Februar 1927) und des diplomatischen und konsularischen Dienstes. Ausserdem hat jeder heiratswillige Mann im Alter zwischen 17 und 45 Jahren dem Standesbeamten eine Bescheinigung seiner Wehrbehörde vorzulegen, dass er seiner Militärdienstpflicht genügt hat oder von ihr befreit worden ist.
- 3) Bei diesen Vorschriften der Rechte des Code civil handelt es sich um echte Ehevoraussetzungen, nicht nur um Disziplinarvorschriften.
Wird die Ehe aber ohne eine erforderliche Erlaubnis geschlossen, so ist sie dennoch gültig. Allerdings können sowohl der Standesbeamte als auch der Partner, welcher dieser Erlaubnis bedurfte, zu Geldstrafen verurteilt werden.

- 4) Nach deutschem Recht bedurften früher verschiedene Beamte ³⁸⁾, Wehrmachtsangehörige ³⁹⁾, Angehörige des Arbeitsdienstes ⁴⁰⁾ u.a.m. der Einwilligung ihrer Dienstvorgesetzten zur Eheschliessung. § 1315 BGB, dann § 13 EheG 38 fassten alle diese Erfordernisse zusammen und gestalteten sie zu einem echten Ehehindernis ⁴¹⁾.

Ähnliche Vorschriften bestehen heute zum Teil wieder ⁴²⁾.

-
- 38) So z.B. § 5 des Deutschen Polizei-Beamtengesetzes vom 24.6.1937 (RGBl.I S.653)
- 39) § 27 des Wehrgesetzes vom 21.5.1935 (RGBl.I S.609)
- 40) § 18 des Reichsarbeitsdienst-Gesetzes vom 26.6.1953 (RGBl.I S.769)
- 41) § 13 EheG 38: "...sollen nicht ohne diese Erlaubnis eine Ehe eingehen."
- 42) § 5 des Bundesgesetzes zur vorläufigen Regelung der Rechtsverhältnisse der Polizeivollzugsbeamten des Bundes vom 6.8.1953 (BGBl.I S.899).
§ 5 Abs. II des Baden-Württembergischen Landesgesetzes zur vorläufigen Regelung der Rechtsverhältnisse der Polizeibeamten vom 21.11.1955 (Gesetzblatt für Baden-Württemberg 1955 S.245)
§ 4 des Schleswig-Holsteinischen Polizeibeamtengesetzes vom 17.8.1953, GVBl.S. 93.
§ 6 des Berliner Polizeibeamtengesetzes vom 15.5.1953, GVBl.S.312.
§ 9 in Verbindung mit § 4 des Rheinland-Pfälzischen Polizeibeamtengesetzes vom 17.8.1954, GVBl.S.42.

Siehe dazu auch Krüger in der Zeitschrift für Beamtenrecht 1955 Seite 289: Völkerrechts- und Verfassungsrechtswidrigkeit der Zölibatsklausel für Polizeivollzugsbeamte.
Anderer Ansicht hier Schneeberger in der Zeitschrift für Beamtenrecht 1956 Seite 13 und Oberverwaltungsgericht Koblenz in seinem Urteil vom 19.4.1955 in der Zeitschrift für Beamtenrecht 1955 Seite 314.

Das Fehlen einer solchen gegebenenfalls erforderlichen Erlaubnis ist heute jedoch kein Ehehindernis mehr; denn § 13 EheG 38 ist ersatzlos weggefallen, arg. § 75 EheG 46.

Bestimmungen der geschilderten Art sind heute also nur Disziplinaranordnungen⁴³⁾. Der deutsche Standesbeamte kann und muss⁴⁴⁾ daher die Eheschließung unabhängig davon vornehmen, ob die Einwilligung der Dienstbehörde im Einzelfall erteilt worden ist oder nicht.

43) Die Landesgesetzgeber dieser Vorschriften hatten auch überhaupt nicht die Möglichkeit, das EheG 46 durch neue Ehehindernisse zu ändern, Art. 74 Ziff. 1 mit Art. 72 GG. Das EheG 46 ist zudem ein Kontrollratsgesetz.

44) Siehe unten Kap. III § 19

§ 7

Die Voraussetzung der geschlechtlichen Verschieden-
heit der Ehepartner.

- I 1) Eine gesetzliche Bestimmung, derzufolge eine Ehe nur zwischen einem Mann und einer Frau geschlossen werden kann, findet sich weder in den Vorschriften des französischen noch in denen des belgischen und luxemburgischen Rechts. Es wäre jedoch untragbar, wollte man auf diese Frage den allgemeinen Satz anwenden, dass Ehevoraussetzungen oder Ehehindernisse, die nicht besonders im Gesetz genannt sind, nicht neben dem ausdrücklichen Gesetzeswort laut entwickelt werden können. Es muss vielmehr auf den gesetzlichen Begriff der Ehe zurückgegriffen werden, wie er bereits teilweise entwickelt wurde ¹⁾. Allerdings haben wir uns bisher damit begnügt, sie in ihrer eigentümlichen sozialen Erscheinungsform zu charakterisieren, haben uns jedoch noch nicht die Frage vorgelegt, aus welchen Personen sich diese Gemeinschaft zusammensetzen muss.

Die mannigfachen Definitionen der älteren und jüngeren Lehre mögen nun in vielen Dingen auseinandergehen, eines wiederholen sie in ihrer Definition von der Ehe regelmässig: Dass unter ihr nur die rechtliche Verbindung eines Mannes und einer Frau verstanden werden kann ²⁾. Eine Begründung dafür, dass dieses Erfordernis auch dem gesetzlichen Begriff der Ehe entspricht, wird aber nicht gegeben.

Nun ist die Ehe aber nicht erst eine Rechtseinrichtung neueren Ursprungs, sondern eine der ältesten Kultur- und Rechtserrscheinungen überhaupt, nach dogmatisch-christli-

1) Siehe oben § 2 I.

2) Rouast No.57 ff., De Page No.563 ff., Beudant No.513.

cher Anschauung sogar das älteste Rechtsinstitut überhaupt ³⁾. Wo immer nun diese Kulturererscheinung in der Geschichte auftrat, wurde unter ihr auch immer nur die Verbindung von Mann und Frau verstanden, mag diese Verbindung im übrigen auch von unserem heutigen Begriff noch so verschieden gewesen sein (Polygamie, nicht dauernde, sondern nur zeitliche Verbindung.) Dies gilt insbesondere für unseren abendländischen Kulturraum. Das römische Recht, ⁴⁾ das kanonische Recht und das germanische Recht als die wesentlichen rechtshistorischen Grundlagen des modernen Eherechts haben unter einer Ehe immer nur die Verbindung eines Mannes und einer Frau verstanden.

Dem Begriff der Ehe war daher dieses Merkmal bereits vorausgegeben und ^{es}erfuhr weder durch die neueren Kodifikationen noch durch die Gestaltung der Ehe zu einem bürgerlich-rechtlichen Rechtsinstitut eine Wandlung - und hätte eine solche auch überhaupt nicht erfahren können.

Das Tatbestandsmerkmal der Verbindung "eines Mannes mit einer Frau" ist daher im gesetzlichen Begriff der "Ehe" enthalten. Daraus ergibt sich, - ohne dass es einer besonderen gesetzlichen Erwähnung bedurft hätte - dass eine Ehe nur zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts geschlossen werden kann ⁵⁾.

3) Pothier Bd.I No.1 und 2.

4) Seine Formulierung.. (1,9 J.§1): "Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae contiens" (Nach Beudant No. 513: " Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.")...bestimmt einen Grossteil aller entsprechenden Begriffsbildungen bis auf den heutigen Tag (siehe z.B.Beudant No.513)

5) Josserand No.714, Demolombe Bd. III No.11, Colin-Capitant-de la Morandière No.150, Rouast No.92.

- 2) Damit ist das Hauptanliegen zu diesem fast müssig wirkenden Problem anscheinend bereits gelöst. Doch stellt sich die Frage in anderer Hinsicht erheblich schwieriger: Ist es also Voraussetzung einer Eheschliessung, dass die Partner erkennbar verschiedenen Geschlechtes sind oder dürfen sie nur nicht erkennbar gleichen Geschlechtes sein. Mit anderen Worten: Wie sind Fälle zu behandeln, in denen sich das Geschlecht einer Person nicht feststellen lässt und wann ist dies der Fall ?

Der französische Kassationshof ⁶⁾ hat in einer grundlegenden Entscheidung die These aufgestellt: "L'existence du mariage est subordonné à la double condition que le sexe des époux soit reconnaissable et qu'il diffère de celui de l'autre conjoint" ⁷⁾. Dieser Entscheidung ist zuzustimmen ⁸⁾; denn es handelt sich hier nicht um ein Verbot des Zusammenlebens von Personen gleichen Geschlechtes, was nicht der Fall ist, wenn sich das Geschlecht der einen Person nicht feststellen lässt, sondern um das der Ehe vorgegebene Erfordernis, dass sie nur zwischen einem Mann und einer Frau geschlossen werden kann. Entscheidend ist daher hier der medizinisch-anatomische Tatbestand: Auf die Frage "Mann" oder "Frau" muss medizinisch eine klare Antwort erfolgen können. Ist dies im

6) Cass.fr.vom 6.April 1903 in D.P.1904.1.395; entsprechend für Belgien: Brüssel vom 23.Januar 1932 in Sir.1932.4.24.

7) "Die Existenz der Ehe ist der zweifachen Bedingung unterworfen, dass einmal das Geschlecht der Ehepartner erkennbar ist, zum anderen sich von dem des Partners unterscheidet".

8) So auch die überwiegende Ansicht in der Literatur: Demolombe Bd.III No.11, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade No.1431 f, Savatier No.201, Colin-Capitant-de la Morandière No.150, De Page No.578. Ebenso: Nancy vom 16.Okt.1903 in D.P.1904.2.336 und Lyon vom 16.Mai 1906 in D.P.1907.2.21.

Einzelfall nicht möglich, d.h. lässt sich ein Geschlecht überhaupt nicht feststellen, so ist die betreffende Person auch im rechtlichen Sinne absolut eheunfähig.

- 3) Obwohl die in diesem Zusammenhang wesentlichste Frage nach der Bestimmung des Geschlechtes auf das Gebiet des Medizinischen und Tatsächlichen verlagert werden konnte, sollen zu dieser Frage doch noch einige Ausführungen folgen.

Da nämlich die Rechte des Code civil den Eigenschafts-irrtum, mit Ausnahme des Irrtums über den Personenstand, bei der Eheschliessung nicht berücksichtigen, wurden besonders schwerwiegende Fälle, in denen etwa dem Ehepartner fast alle Genitalien fehlten oder eine unheilbare Impotenz oder völlige Beiwohnungsunfähigkeit gegeben war, mit der Begründung vor die Gerichte~~ge~~tragen, die Voraussetzung der geschlechtlichen Verschiedenheit sei nicht erfüllt.

Einer solchen Folgerung steht einmal ein wesentlicher historischer Einwand entgegen. Das vornapoleonische, im wesentlichen kanonischen Recht kannte das trennende Ehehindernis der Impotenz⁹⁾. Da sich jedoch Prozesse dieser Art regelmässig zu unerfreulichen Skandalaffären entwickelten und ausserdem zu einer Unzahl von Fehlurteilen geführt hatten, wurde eine entsprechende Bestimmung in den Code civil ausdrücklich¹⁰⁾ nicht aufgenommen.

Zum anderen aber ist der Begriff der bürgerlichen Ehe

9) So auch heute noch der Codex iuris canonici in can.1068. Dazu auch Lohmann "Das Ehehindernis der Impotenz nach kanonischem und deutschem Recht" S.5 ff.

10) Locré Bd. VI S.55 f.

völlig unabhängig von einer tatsächlichen Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft, ebenso wie von der Möglichkeit oder gar nur dem Ziel der Erzeugung von Nachkommen¹¹⁾.

Eine Berücksichtigung solcher Fälle im Rahmen der Ehevoraussetzung der geschlechtlichen Verschiedenheit würde also in vielfacher Weise gegen das Gesetz verstossen: Es würde einmal über die Voraussetzung selbst, dass nur ein "Mann" und eine "Frau" die Ehe miteinander eingehen können, hinausgehen, würde zum anderen fremde Gesichtspunkte in den Begriff der bürgerlichen Ehe hineinziehen und würde letztlich dem Verbot widersprechen, extra legem Ehevoraussetzungen oder -behindernisse zu schaffen.

- 4) Lehre und Rechtsprechung in Frankreich und Belgien¹²⁾ vertreten daher auch fast einheitlich die Auffassung, dass einzig in diesem Zusammenhang die Frage von Bedeutung ist, ob das Geschlecht als solches erkennbar ist, gleichgültig welcher Art und Ausprägung seine Schwächen im Einzelfall sein mögen; d.h. es ist einzig von Bedeutung, ob wenigstens das eine oder andere zur Unterscheidung geeignete Organ im Einzelfall eine unzweifelhafte Feststellung zulässt.
- 5) Aus den dargelegten Gründen vermögen daher auch Lehrmeinungen, wie sie Beudant und Wahl vertreten¹³⁾, indem

11) Aubry-Rau-Esmein Bd.VII § 451 No.2, Rouast No.95, Beudant No.520 f, Demolombe Bd.III No.12, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade No.1433, Savatier No.201, Planiol-Ripert-Savatier No.754, De Page No. 578.- a.A. siehe No.14.-

12) Chambéry vom 28.Jan.1867 in Sir.1867.2.81, Nîmes vom 20.Nov.1869 in Sir.1870.2.278, Caen vom 23.März 1882 in Sir.1882.2.108, Nancy vom 16.Okt.1903 a.a.O. und Lyon vom 16.Mai 1906 a.a.O.Literatur wie im Vorgehenden unter No. 8.

13) Beudant No.522, Wahl in Anmerkung zu Cass. vom 6. April 1903 a.a.O.

sie besonders ausgeprägte Fälle von Zeugungsunfähigkeit einer Geschlechtslosigkeit gleichzustellen versuchen, ebensowenig zu überzeugen wie die Entscheidung des Appellhofes in Brüssel und des Appellhofes in Douai ¹⁴⁾. Diese Entscheidungen, die sich allein schon durch eine für Urteile im Rechtskreis des Code civil überraschende Ausführlichkeit auszeichnen, nehmen deutlich erkennbar von Anfang an einen falschen Ausgangspunkt, indem sie die Erzeugung von Nachkommenschaft als ein Wesensmerkmal auch der bürgerlichen Ehe auffassen ¹⁵⁾.

14) Douai vom 14. Mai 1901 in Sir.1901.2.303 und Brüssel vom 23. Januar 1932 in Sir.1932.4.24.

15) So z.B. Brüssel vom 23.1.1932 a.a.O.: "La véritable raison d'être du mariage étant à procréation des enfants, le mariage est radicalement nul lorsqu'il n'y a pas entre les conjoints de différence de sexe ou que l'un d'eux n'a pas de sexe terminé" (sic!). Und weiter: "...Il en est de même dans le cas où l'un des conjoints est atteint de vices de conformation incurables qui empêchent d'une manière absolue l'union sexuelle..".

Dagegen Cass.vom 6. April 1903 a.a.O.: "Die Ehe mit einer Frau, der alle Organe, die der Empfängnis und Austragung von Kindern dienen, fehlen und die darüber hinaus absolut beiwohnungsunfähig ist, widerspricht nicht der Voraussetzung der geschlechtlichen Verschiedenheit, soweit sie im übrigen als Frau erkennbar ist (Entwicklung der Brust, des Beckens, etc.)" Dass wir dem Ergebnis der gesetzlichen Regelung insgesamt nicht zustimmen können, wurde bei der Behandlung der Willensmängel, insbesondere des Irrtums, wiederholt betont. Doch kann hier über die Voraussetzung der geschlechtlichen Verschiedenheit kein Ventil für Fälle gefunden werden, die nach der Irrtumsbehandlung zu unerfreulichen und unbilligen Ergebnissen führen.

- 6) Ausserordentlich streitig ist dagegen die Frage, wie solche, im Vorgehenden als beachtlich gekennzeichneten Fälle nach einer einmal erfolgten Eheschliessung zu behandeln sind. Literatur und Rechtsprechung sind sich zwar völlig darüber einig, dass eine solche Ehe nicht von Bestand sein kann, dagegen ist man uneins über die Frage, ob eine offenbare absolute Vernichtbarkeit (*nullité absolue virtuelle*) oder der Fall einer Nichtehe (*inexistence*) anzunehmen ist. Der Streit konnte entstehen, da sich in dem Kapitel des Gesetzes über die Nichtigkeitstgründe (*demandes en nullité*) der Art.180 ff C.c. eine entsprechende Sanktion nicht findet ¹⁶⁾.

Die Behandlung dieser Frage soll jedoch zurückgestellt werden um mit einem weiteren, ähnlichen Streitfall, der im Laufe der Untersuchungen noch auftauchen wird, gemeinsam erörtert zu werden ¹⁷⁾.

- II 1) Auch das deutsche Recht hat die geschlechtliche Verschiedenheit der Ehepartner als Voraussetzung der Eheschliessung nicht normiert. Doch ist eine solche nach deutschem Recht ebenfalls im Begriff der Ehe enthalten, wobei es gleichgültig ist, ob diese nun als dauernde und völlige Lebensgemeinschaft von einem Mann und einer Frau oder als die Verpflichtung dieser Personen zu einer solchen

16) Art.38 des Entwurfes der französischen Kommission zur Reform des Code civil schlägt für diesen Fall ausdrücklich die Vernichtbarkeit der Ehe vor (*Travaux* Jahrg.1946/47 S.602). Bei den Beratungen kam ebenfalls zum Ausdruck, dass als Ehevoraussetzung hier die erkennbare geschlechtliche Verschiedenheit zu fordern ist (*Travaux* S.401).

17) Siehe unten Kap. III § 19 I B.

Lebensgemeinschaft ¹⁸⁾ definiert wird: Auf jeden Fall wird die Verbindung von einem Mann und einer Frau vorausgesetzt.

- 2) Die deutsche Lehre hat sich mit diesem Fragenkreis nur ganz summarisch auseinandergesetzt ¹⁹⁾, eine Behandlung durch die Rechtsprechung ist mir überhaupt nicht bekannt geworden. Dies kann nicht verwundern. Das Geschlecht einer Person, vor allem aber, was in den praktischen Fällen die Regel ist, die anatomischen Krankheiten oder Mißbildungen der Genitalien einer Person, zählen zu deren persönlichen Eigenschaften, sodass eine Klage aus § 32 EheG (Irrtum) im Einzelfalle naheliegender und, je krasser der Fall liegt, auch sicherer sein wird, als wenn sie auf die Behauptung des Fehlens der geschlechtlichen Verschiedenheit gestützt würde.

Andererseits wiederum ist es verwunderlich, dass nicht in einzelnen Fällen der Versuch gemacht worden ist, eine eventuelle Fristversäumnis für die Aufhebungsklage (§ 35 EheG 46: 1 Jahr nach Kenntnis) auf diesem Wege zu umgehen bzw. wieder gut zu machen.

- 3) Im übrigen ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber den Rechten des Code civil. Nach beiden Rechtssystemen ist die Ehe nur zwischen einem Mann und einer Frau möglich, sodass auch nach deutschem Recht das Geschlecht jedes Partners erkennbar sein muss und sich von dem seines Partners zu unterscheiden hat. Personen, die medizinisch keinem Geschlecht zugerechnet werden können, vermögen daher auch eine Ehe nicht zu schliessen. Dagegen be-

18) Henle a.a.O.S. 24.

19) Lehmann, Familienrecht, § 9 I.1. Achilles-Greiff-Beitzke Anm.1 zu § 16 EheG ("...Ehe nur zwischen Personen verschiedenen Geschlechtes begrifflich möglich.."); Siebert-Vogel Anm.2 zu § 16 EheG, Beitzke § 10 I.

tont Beitzke ²⁰⁾ mit Recht, dass bei sogenannten Zwit-tern, bei denen sich Merkmale beiden Geschlechtes nachweisen lassen, die Entscheidung Tatfrage ist, d.h. davon abhängt, ob sich ein deutliches Überwiegen des einen Geschlechtes feststellen lässt.

- 4) Auch nach deutschem Recht steht es ausser Zweifel, dass die Verbindung von zwei Personen, die nicht erkennbar verschiedenen Geschlechtes sind, als Ehe nicht von Bestand sein kann. Dagegen ist auch nach deutschem Recht fraglich, ob eine solche Verbindung als eine Nichtehe oder als eine vernichtbare Ehe angesehen werden muss. In der Literatur ²¹⁾ findet sich ganz gelegentlich die Bemerkung, es handle sich bei einer solchen Verbindung um eine Erscheinungsform der Nichtehe. Dies erscheint auch zunächst im Hinblick auf § 16 EheG 46 ²²⁾ als richtig.

Dennoch könnten sich Bedenken gegen eine solche Lösung ergeben. Denn das praktische Ergebnis einer hier generell angenommenen Nichtehe widerspricht an sich dem erkennbaren Ziel des Gesetzes, jede rechtliche Unsicherheit bei der Frage nach der Gültigkeit oder der Ungültigkeit einer Eheschliessung zu vermeiden, wie dies gerade in den §§ 11 und 16 EheG 46 zum Ausdruck kommt. Die Fälle, in denen zwei Personen unbestreitbar gleichen Geschlechtes die Ehe miteinander eingehen, sind nämlich praktisch kaum denkbar, während sich gelegentlich die Frage ergeben kann, ob das Erfordernis der geschlechtlichen Verschiedenheit gewahrt ist.

20) Achilles-Greiff-Beitzke a.a.O.

21) Lehmann S. 35

22) "Eine Ehe ist nur in den Fällen nichtig, in denen dies in den §§ 17 bis 22 dieses Gesetzes bestimmt ist."

Die Frage kann nur aus § 16 EheG 46 gelöst werden. Wollte das Gesetz mit dieser Vorschrift nur einer ausdehnenden oder entsprechenden Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über die Vernichtbarkeit einer Ehe entgegenwirken oder wollte es auch die Annahme einer Vernichtbarkeit für solche Fälle ausschliessen, die infolge einer offenbaren gesetzlichen Lücke in Frage stehen könnten? Denn als eine solche Lücke muss die fehlende Regelung über die Voraussetzung der geschlechtlichen Verschiedenheit angesehen werden.

Aufgrund des kategorischen Wortlauts der Vorschrift des § 16 EheG 46 einmal und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass das Gesetz bei der ebenfalls grundlegenden Voraussetzung der Mitwirkung eines Standesbeamten bei der Eheschliessung die Nichtehe als gesetzliche Wirkung eines dagegen gerichteten Verstosses ausdrücklich normiert hat ²³⁾, sind wir der Ansicht, dass § 16 EheG 46 die Fälle der Vernichtbarkeit einer Ehe einem strengen numerus clausus unterworfen hat. Deshalb kann sich in praktischen Fällen, die im Rahmen der Vernichtbarkeitsvorschriften der §§ 17 ff EheG 46 nicht geregelt sind, nur die Frage nach der Gültigkeit einer solchen Eheschliessung oder deren absoluten Ungültigkeit in Form einer Nichtehe stellen ²⁴⁾. An der Ungültigkeit einer

23) Siehe unten Kap. III § 19 II.

24) § 16 EheG 46 kann also nicht als die Ausprägung desselben Gedankens angesehen werden, wie er in den Rechten des Code civil seinen Niederschlag in dem heiss umstrittenen Satz "pas de nullité sans texte" gefunden hat.

Während § 16 EheG 46 die absolute Einschränkung der Vernichtbarkeit einer Eheschliessung auf die gesetzlich vorgesehenen Tatbestände zum Inhalt hat, verbietet der genannte Satz der Rechte des Code civil nur die analoge oder ausdehnende Anwendung gesetzlich bereits fixierter Vorschriften über die Vernichtbarkeit einzelner Eheschliessungen, ohne sie aber in gesetzlich überhaupt nicht geregelten Fällen generell auszuschliessen.

Siehe dazu unten Kap. III § 19 I B

Eheschliessung, bei der die Voraussetzung der geschlechtlichen Verschiedenheit der Ehepartner nicht gegeben war, können aber keine Zweifel bestehen, da diese zu den drei Grunderfordernissen ²⁵⁾ einer jeden Ehe bzw. Eheschliessung rechnet, die also insgesamt erst den Begriff der Ehe ausmachen.

Nach deutschem Recht führt also ein Vorstoss gegen das grundlegende Erfordernis der geschlechtlichen Verschiedenheit der Ehepartner zur Nichtehe und nicht zur vernichtbaren Ehe ²⁶⁾.

25) Zur Begründung siehe unten Kap. III § 19 I B.

26) Diese Frage ist für die Rechte des Code civil unten in Kap. III § 19 unter I B Ziff. 8 behandelt.

§ 8

Das Verlöbnis.

- 1) Weder das französische, belgische und luxemburgische noch das deutsche Recht verlangen den Abschluss eines gültigen Verlöbnisses als Voraussetzung einer Eheschliessung. Dies ergibt sich unzweifelhaft aus der Gesetzeslage der Rechte des Code civil, die weder ein solches Erfordernis ausdrücklich normiert, noch bei den die Eheschliessung im engeren Sinne betreffenden Vorschriften der Art. 74 ff und Art. 165 ff C.c. indirekt erwähnt haben. Das Gesetz spricht in den genannten Vorschriften immer nur von (zukünftigen) Ehegatten (époux) oder von Parteien (parties).

Dagegen könnte das genannte Ergebnis nach dem Wortlaut einzelner deutscher Gesetzesvorschriften zweifelhaft sein, da diese, die ebenfalls die Eheschliessung im engeren Sinne betreffen, von "Verlobten" sprechen, (§§ 13, 14, 15, 15a EheG 46, §§ 3 Abs. I, 5 Abs. II und Abs. III, 6 Abs. II PStG). Doch ist nach richtiger und unbestritten herrschender Auffassung diese Formulierung des Gesetzes als "untechnisch" aufzufassen, d.h. nicht als die implizite ausgesprochene Voraussetzung eines vorausgegangenen Verlöbnisses, sondern als Synonym der eigentlich technisch richtigen Fassung von "Ehewilligen" oder "zukünftigen Ehegatten" ¹⁾.

- 2) Dass aus einem Verlöbnis, dem gegenseitigen Versprechen

1) RGRKomm. 8 Aufl. Anm. 2, Staudinger Anm. 2a je zu § 1317 BGB, v. Scanconi Anm. 6 zu § 17 EheG 38, Palandt Anm. 3 und Gerold Anm. 2 je zu § 13 EheG 46.

also auf Eingehung einer künftigen Ehe, nicht auf den versprochenen rechtlichen Erfolg geklagt werden, d.h. also der Partner nicht zur Abgabe der Ehevollensserklärungen gezwungen werden kann, ist beiden Rechtssystemen selbstverständlich. Eine vorherige rechtliche Bindung auf Eingehung einer Ehe gibt es nicht, sondern nur eine endgültige, welche einzig in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form erreicht werden kann und unmittelbar ohne jeden Aufschub zum gesetzlich vorgesehenen Erfolg führt.

- 3) Eine Darlegung und kritische Würdigung der rechtlichen Gestalt und gesetzlichen Regelung des Verlöbnisses nach den Rechten des Code civil und nach deutschem Recht müssen wir uns versagen, da sie uns über den Rahmen unseres Themas hinaus führen würden.

2. Kapitel

Die Ehehindernisse (empêchements de mariage).

Abgesehen von den bisher erörterten Voraussetzungen einer Eheschliessung, die sich aus dem Wesen der Ehe als einer auf einem familienrechtlichen Vertrag beruhenden rechtlichen und unauflösbaren Lebensgemeinschaft von Mann und Frau ergeben und für jede Eheschliessung daher gleichermassen gelten, verbieten die einzelnen Rechtsordnungen Ehen zwischen bestimmten Personen, die sie aus ethisch-moralischen, sozialen oder medizinisch-physiologischen Gründen als nicht tragbar erachten.

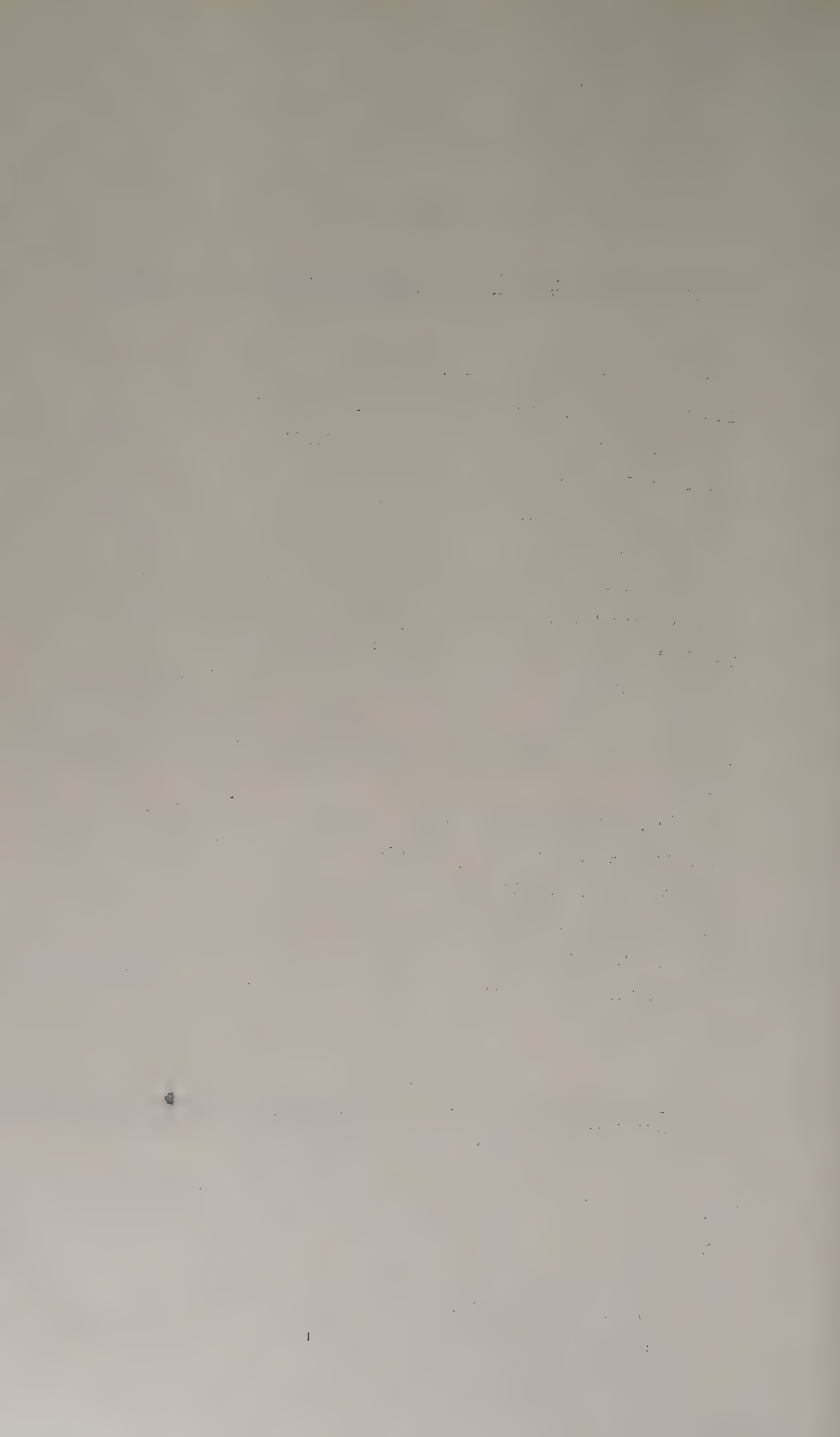
Diese Gründe, die im Einzelfall die Eingehung einer Ehe unmöglich machen sollen, werden allgemein als Ehehindernisse oder Eheverbote (empêchements de mariage) bezeichnet.

Die Geschichte einzelner dieser Ehehindernisse führt teilweise sehr weit zurück. Sie zu verfolgen kann vor allem unter kulturhistorischen und kulturpolitischen Gesichtspunkten ausserordentlich interessant sein. Doch ist dies, wir möchten sagen leider, im Rahmen dieser dem geltenden Recht gewidmeten Untersuchung nicht möglich.

§ 9

Das Ehehindernis der Verwandtschaft und Schwägerschaft (paranté et alliance)

- I A 1) Art. 161, 162 und 163 C.c. (übereinstimmend) verbieten die Ehe
- a) zwischen allen Verwandten, die in gerader Linie miteinander verwandt sind und
 - b) zwischen Geschwistern, ferner zwischen Onkel und Nichte sowie Tante und Neffen.



Unter Geschwistern sind hierbei auch Halbgeschwister zu verstehen, da das Gesetz, trotz kasuistischer Aufzählung in den genannten Artikeln, die Linie und den Grad der Verwandtschaft im Auge hat, also mit "frère et soeur" sowohl voll- als auch halbbürtige Geschwister meint ¹⁾.

- 2) Eigentümlicherweise war es von jeher bestritten, ob mit der Nennung des Ehehindernisses zwischen Onkel und Nichte sowie Tante und Neffen in Art. 163 C.c. ²⁾ auch die Ehe zwischen Grossonkel und Grossnichte bzw. Grosstante und Grossneffen verboten werden sollte. Der Streit ist auf eine kaiserliche Entschliessung (décision impériale) vom 7. Mai 1808 zurückzuführen, die eine solche Erstreckung des Art. 163 C.c. auch für diese Fälle bestimmte. Doch kann dieser Entschliessung keinerlei Gesetzeskraft zugesprochen werden, da sie weder im vorgeschriebenen legislativen Weg erging, noch dem Kaiser ein eigenes Entscheidungsrecht dieser Art zustand ³⁾. Darüberhinaus hat der Conseil d'Etat in einem Beschluss vom 23. 4. 1808 die Frage dem Wortlaut des Gesetzes entsprechend gegenteilig beurteilt.

Dennoch hat sich die Rechtsprechung in der Folge im Sinne der genannten kaiserlichen Entschliessung entschieden, ⁴⁾

1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade No. 1537.

2) "Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu." ("Die Ehe ist ausserdem zwischen Onkel und Nichte, Tante und Neffen verboten").

3) Rouast No. 112 Ziff. 4.

4) Cass. fr. vom 28. Nov. 1877 in Sir. 1878. 1. 337; Caen vom 16. August 1876 in Sir. 1878. 2. 170.

und die Literatur ist dieser Auffassung, meist ohne eine nähere Begründung, in der Mehrzahl gefolgt ⁵⁾. Ihr kann jedoch nicht zugestimmt werden. Allerdings vermag sich auch eine gegenteilige Auffassung nicht auf die genannte Entscheidung des Conseil d'Etat zu stützen, da diese, damit sie rechtliche Wirkungen hätte entfallten können, der Bestätigung durch den Kaiser bedurft hätte.

Es muss daher von dem das gesamte Rechtsgebiet der Ehehindernisse beherrschenden Grundsatz ausgegangen werden, dass das freie Recht auf Eingehung einer Ehe nicht durch eine ausdehnende Auslegung gesetzlicher Vorschriften weiter beschränkt werden kann, als dies das Gesetz mit seinem Wortlaut unzweifelhaft erkennen lässt ⁶⁾.

Einer beabsichtigten, praktisch allerdings äusserst seltenen Eheschliessung zwischen Grossonkel und Grossnichte oder Grosstante oder Grossneffen steht daher nach dem Gesetz ein förmliches Ehehindernis nicht entgegen ⁷⁾. Der geltende Rechtszustand ist jedoch, darauf sei hingewiesen, unserer Ansicht nach contra legem, ein anderer; denn das

5) Aubry-Rau-Esmein Bd.VII § 464 No.3 S.131, Beudant No.538, Rouast No.112, Colin-Capitant-de la Morandière No.173, Demolombe Bd.III No.105, Planiol-Ripert-Savatier No.815 Ziff.2; Anmerkung zu Art.163 der amtlichen luxemburgischen Textausgabe des Code civil.

6) Tribunal de la Seine vom 21.Juni 1907 in Sir.1908.2.183(in einem ähnlich gelagerten Fall), Chambery vom 7.Februar 1885 in Sir.1886.2.217 mit einer Anmerkung von Chavegrin.

7) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade No.1540, Laurent Bd.II No.357, Fuzier-Herman No.4 zu Art. 163 C.c. und - etwas zögernd - De Page No.606.

genannte Ehehindernis wird infolge der anders lautenden ständigen Rechtsprechung in der Praxis als bestehend angenommen.

- 3) In den Art. 161 und 162 C.c., dagegen nicht in Art. 163 C.c., stellt das Gesetz seinem Wortlaut nach ausdrücklich⁸⁾ auf die Blutsverwandtschaft und nicht auf die rechtliche Verwandtschaft ab. Allerdings begründet jede rechtlich bestehende Verwandtschaft in dem dargelegten Umfange eine unwiderlegliche Vermutung auch für die bluts mässige Verwandtschaft. Ehehindernisse der Verwandtschaft können demnach in keinem Fall mit der Behauptung, eine blutsmässige Verwandtschaft liege nicht vor (zum Beispiel: Ehebruch), mit Erfolg als tatsächlich gegenstandslos bezeichnet werden.

Dagegen wird von der unbestritten herrschenden Auffassung richtig darauf hingewiesen, dass Art. 163 - im Gegensatz zu Art. 161, 162 C.c. - die uneheliche Verwandtschaft nicht erwähnt, sodass hier allein auf die rechtliche Verwandtschaft abzuheben ist⁹⁾.

- 4) Alle hier genannten Fälle von Ehehindernissen der Blutsverwandtschaft sind trennende Ehehindernisse. Ein Verstoß gegen sie führt ohne Einschränkung zur absoluten Vernichtbarkeit der Ehe, Art. 184 C.c. (gleichlautend).

Vom Ehehindernis des Art. 163 C.c. (Onkel und Nichte, Tante und Neffe) kann gemäss Art. 184 C.c. (übereinstimmend) Befreiung gewährt werden. Wird die Befreiung erst nach der Eheschliessung erteilt, so bleibt die Ehe doch ver-

8) Art. 161: "...ascendants et descendants légitimes ou naturels.." Art. 162: "...frères et soeurs légitimes ou naturels."

9) Beudant No. 542, Rouast No. 112, Ziff. 3, Planiol-Ripert-Savatier No. 815, Ziff. 2, De Page No. 606. Zum Begriff der unehelichen Verwandtschaft siehe unten B Ziff. 4.

nichtbar ¹⁰⁾.

- B 1) Art. 161 C.c.(gleichlautend) begründen weiter ein trennendes Ehehindernis zwischen allen Verschwägerten in gerader Linie, gleichgültig ob die sie vermittelnde Verwandtschaft auf ehelicher oder unehelicher Geburt beruht ¹¹⁾.
- 2) In der Seitenlinie wird die Schwägerschaft als Ehehindernis nur bei Ehegatten von Geschwistern oder Halbgeschwistern, also zwischen Schwager und Schwägerin berücksichtigt und zwar nach französischem Recht (Art.162 Satz 2 C.c.fr.) auch nur dann, wenn die die Schwägerschaft vermittelnde Ehe durch Scheidung aufgelöst wurde. Der klare Sinn dieser erst neueren Vorschrift ¹²⁾ ist, ehebrecherischen Verhältnissen zwischen Schwager und Schwägerin nach Scheidung der vermittelnden Ehe keine Möglichkeit einer Legalisierung durch eine spätere Eheschliessung zu bieten. Dem rechtspolitischen Charakter dieser Vorschrift nach handelt es sich also eigentlich um ein Ehehindernis des Ehebruchs, von dessen sehr zweifelhafter Bedeutung noch später die Rede sein wird.
- In Belgien und Luxemburg (Art.162 Abs.II C.c. belge und lux.) wurde diese eigentliche Wirkung etwas abgeschwächt, indem, unabhängig von dem Grund der Auflösung der früheren Ehe, eine Eheschliessung zwischen Schwager und Schwägerin bei Lebzeiten des früheren Ehegatten nie, nach des-

10) Rouast No.265, Beudant No.611.

11) Das Band der Schwägerschaft wird auch nach dem System des Code civil nicht durch die Auflösung der sie vermittelnden Ehe berührt.- Aubry-Rau-Esmein §.461 S.90, De Page No.605, Puzier-Herman No.5 zu Art.161 C.c.

12) Gesetz vom 1.Juli 1924: "...lorsque le mariage qui produisit l'alliance a été dissous par le divorce". Vor diesem Gesetz war die Ehe zwischen Verschwägerten immer verboten, gleichgültig aus welchem Grunde die sie vermittelnde Ehe aufgelöst war.

sen Tod dagegen immer gestattet ist ¹³⁾.

- 3) Sehr fraglich dagegen ist, ob auch eine vernichtete Ehe ¹⁴⁾ das Ehehindernis der Schwägerschaft in dem dargelegten Umfang zu begründen vermag, da ja in diesen Fällen eine Ehe im Rechtssinne nicht bestanden hat. Allerdings kann auch in diesen Fällen regelmässig davon ausgegangen werden, dass die "Eheleute" zumindest eine gewisse Zeit als solche auch zusammen gelebt und auch miteinander verkehrt haben. Die Frage ist demnach, ob bei der Beurteilung des Ehehindernisses der Schwägerschaft auf die Existenz einer gültigen Ehe, auf eine eheähnliche Lebensgemeinschaft oder auf den "ehelichen" Verkehr abzustellen ist. Stellt man auf den Verkehr ab, so erweitert sich gleichzeitig der Problemkreis: Da nach ihrer Vernichtung eine Ehe im Rechtssinne niemals bestanden hat ¹⁵⁾, kann auch der Verkehr nicht als ehelich angesehen werden, sodass diese Fälle den praktisch viel häufigeren Fällen eines ausserehelichen Verkehrs gleichzusetzen sind. - Wir werden zunächst diese Frage untersuchen.

Ob solche Fälle einer "uneigentlichen Schwägerschaft", einer *affinité illégitime*, als Ehehindernis im Rahmen der Art. 161 und 162 C.c. zu berücksichtigen sind, hat die Literatur dieser Länder des Code civil sehr beschäftigt.

Dem vornapoleonischen Recht, dem *Ancien Droit*, war in seiner Abhängigkeit vom kanonischen Recht das Ehehindernis der uneigentlichen Schwägerschaft selbstverständ-

13) Art. 162 Abs. II: "Toutefois, l'alliance ne constitue pas un empêchement au mariage après le décès du conjoint qui la produisit."

14) Auch eine mit den stärksten Fehlern behaftete Ehe gilt bis zu ihrer Vernichtung durch rechtskräftiges Urteil nach diesen Rechten, ebenso wie nach deutschem Recht, als gültig und zeitigt zumindest so lange alle Wirkungen einer gültigen Ehe.-

15) Es sei daran erinnert, dass sowohl die absolute als auch die relative Vernichtbarkeit einer Ehe nach den Rechten des Code civil zur Vernichtung ex tunc führt.

lich ¹⁶⁾. Soweit nun diese als Ehehindernis auch heute noch angesehen wird, greifen die entsprechenden Lehrmeinungen weitgehend auf das frühere Recht zurück. Im übrigen stehen ihnen nur Erwägungen moralischer Art zur Seite, etwa, dass es nicht zu billigen sei, wenn der langjährige Liebhaber einer Frau zuletzt deren Tochter heiraten wolle ¹⁷⁾. Wenn auch feststehe, so wird ausgeführt, dass die rechtliche Schwägerschaft nur auf Grund einer Ehe begründet werden könne, so sei die vom Gesetz in den Art. 162, 161 C.c. berücksichtigte moralische Erwägung die gleiche, wie sie auch in den Fällen der uneigentlichen Schwägerschaft gegeben sei. Eine entsprechende Auslegung der Art. 161, 162 C.c., die auch diese Fälle unter die dort aufgeführten Ehehindernisse fallen lasse, sei daher angebracht und berechtigt.

Die vorgetragene Ansicht erkennt also selbst, dass das von ihr erstrebte Ergebnis nur auf Grund einer extensiven Gesetzesauslegung gewonnen werden kann, da der rechtliche Begriff der Schwägerschaft - und um einen solchen kann es sich hier einzig handeln - die Existenz einer sie begründenden und vermittelnden Ehe voraussetzt. Darin liegt dann auch der Fehler dieser Lehrmeinung: Bei der ausserordentlichen Vielfalt der Ehehindernisse im Ancien Droit sollte dieses Rechtsgebiet im Code civil abschliessend geregelt werden. Eine ausdehnende Auslegung ist, wie dies bereits betont wurde, nicht gestattet ¹⁸⁾.

16) Pothier No. 162 ff (167).

17) Demolombe Bd. III No. 112, Aubry-Rau-Esmein § 461, zweifelnd Beudant No. 542 b.

18) Planiol-Ripert-Savatier No. 782, Fuzier-Herman No. 17 zu Art. 161 C.c., Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade No. 1546, Colin-Capitant- de la Morandière No. 172, De Page No. 654.

Die Rechtsprechung war in der ersten Zeit nach Erlass des Code civil und noch unter dem Einfluss des erst jüngst beseitigten Ancien Droit, eher, wenn auch zögernd, geneigt, die uneigentliche Schwägerschaft als Ehehinder-
nis anzuerkennen ¹⁹⁾. Dagegen haben die in neuerer Zeit ergangenen Entscheidungen zu dieser Frage klar zum Ausdruck gebracht, dass Fälle einer uneigentlichen Schwägerschaft im Rahmen des abschliessend geregelten Rechts der Ehehindernisse nicht berücksichtigt werden können, da es sich hierbei um "droit étroit" ²⁰⁾, um ein der ausdehnenden Auslegungen nicht zugängliches Rechtsgebiet handelt ²¹⁾.

19) Nîmes, 3.Dez.1808 bei Dalloz, Jurisprudence du XIXième siècle (Table générale), 1791-1850, unter "Mariage" Ziff. 8 sowie bei Sir.1812.2.138. - Ebenso Cass.6.April 1809, D.1809.1.177. In der genannten Entscheidung des Appellhofes von Nîmes wurde zwar der Einspruch eines Vaters gegen die Eheschliessung seiner Tochter mit einem Mann, den er als den lang-jährigen Liebhaber seiner Frau bezeichnete, aus formalen Gründen abgewiesen, incident jedoch mit halben Worten auf die materielle Berechtigung dieses Einspruches hingewiesen. - Man kann sich allerdings beim Lesen dieser Entscheidung des Eindrucks nicht erwehren, dass das Gericht froh war, einer eigentlichen Entscheidung dieser Frage aus dem Wege gehen zu können. - Die zitierte Entscheidung des französischen Kassationshofes vom 6.April 1809 war mir leider nicht zugänglich.

20) Wörtlich: "Enges Recht".

21) Tribunal de la Seine vom 21.Juni 1907 in Sir.1908.2.183 und Chambéry vom 7.Febr.1885 in Sir.1886.2.217 mit Anmerkung von Chavegrin.

Die oben aufgeworfene Frage, ob zur Begründung des Ehehindernisses der Schwägerschaft ein "eheähnliches Lebensverhältnis" ausreichen kann, muss aus den gleichen Gründen, wie sie im Vorgehenden aufgezeigt wurden, ablehnend beantwortet werden. Auch eine faktisch einer Ehe noch so ähnliche Lebensgemeinschaft wird nie eine Ehe im Rechtssinne. Es bedürfte also auch hier einer extensiven Auslegung des Begriffes der Schwägerschaft, um die durch ein eheähnliches Lebensverhältnis faktisch verschwägerten Personen diesem Ehehindernis zu unterwerfen. Eine solche Auslegung ist aber, wie gezeigt, nicht gestattet.

Es kann daher einheitlich für diese Rechte des Code civil festgestellt werden, dass weder eine eheähnliche Lebensgemeinschaft noch ein außerehelicher oder im Rahmen einer später vernichteten Ehe erfolgter Verkehr eine Schwägerschaft im Sinne der Art. 161, 162 C.c. begründet. Für Personen, die infolge eines solchen Verhältnisses "uneigentlich" verschwägert sind, besteht das Ehehindernis der Schwägerschaft nicht. Die Schwägerschaft im Sinne der genannten Vorschriften kann nur durch eine Ehe, die im Rechtssinne besteht oder einmal, wenn auch noch so kurz bestanden hat, vermittelt werden ²²⁾.

- 4) Insgesamt wurde bisher die Frage, was unter unehelicher oder natürlicher Verwandtschaft bzw. Schwägerschaft (*parenté et alliance naturelle*) im Sinne der Art. 161 und 162 C.c. zu verstehen ist, unbeachtet gelassen. Es wird daher im Folgenden zu klären sein, ob eine solche natürliche, d.h. blutmässige Verwandtschaft in jedem Fall,

22) Die praktische Bedeutung darf nicht übersehen werden: So kann die Tochter aus einer anderen Verbindung nicht nur den Liebhaber ihrer Mutter sondern gegebenenfalls auch den Vater ihres Halbbruders heiraten.

gleichgültig wie ihre Existenz bekannt wurde, oder nur in den Fällen, in denen ein rechtskräftiges Urteil oder ein gültiges Anerkenntnis vorliegt, zu berücksichtigen ist.

Die Frage ist umstritten; denn noch immer ist nach französischem (Art. 340 ff C.c.fr.), belgischem (Art. 340 a ff C.c.belge) und luxemburgischem (Art. 340 ff C.c.lux) Recht die Möglichkeit einer gerichtlichen Abstammungs- oder Unterhaltsklage auf wenige Tatbestände beschränkt. Gilt zwar heute der berühmte Satz "la recherche de la paternité est interdite" nicht mehr in dem Umfang wie bei Erlass des Code civil, so ist doch noch immer jede offizielle Nachforschung nach der blutsmässigen Abstammung mit Ausnahme der besonderen Tatbestände verboten ²³⁾. Insofern hat sich also seit Erlass des Code civil an dieser Situation nichts geändert.

Jede Behauptung einer nicht anerkannten oder nicht festgestellten Verwandtschaft würde nun aber in unseren Fällen den Standesbeamten oder das Gericht dazu zwingen, eigene Nachforschungen über die blutsmässige Verwandtschaft oder Schwägerschaft im Einzelfall zu tätigen. Sie müssten also im Ergebnis dem genannten Grundsatz zuwider handeln.

Aus diesem Grunde lehnt ein nicht unerheblicher Teil der Lehre eine weitergehende Berücksichtigung der blutsmässigen unehelichen Verwandtschaft oder Schwägerschaft, über den Rahmen der gesetzlich anerkannten Tatbestände hinaus, ab ²⁴⁾. Diese Ansicht nimmt dabei in Kauf, dass

23) So sagt Art.340 a C.c.belge heute noch: "Eine Nachforschung nach der Vaterschaft ist nur in den folgenden Fällen gestattet".

24) Aubry-Rau-Esmein § 461 No.1 und Fußnote 7, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade No.1543; etwas zögernd: Josserand No.719 Ziff. 2. De Page No.604, Rouast No.111, Laurent Bd.II No.350;

Ehen zwischen tatsächlichen Verwandten und Verschwägerten, deren blutsmässige Verbindung zueinander auch allgemein bekannt ist, geschlossen werden können, soweit eben im Einzelfall weder ein Anerkenntnis noch ein entsprechendes Urteil vorliegt; ja sie nimmt sogar weiter in Kauf, dass eine solche Ehe durch ein möglicherweise später erfolgendes Anerkenntnis seitens des blutsmässigen Vaters "nachträglich" jederzeit vernichtbar werden kann.

Eine gegenteilige Ansicht ²⁵⁾ stützt sich vor allem auf eine vergleichende Textinterpretation der Art.161, 162, C.c. mit den Art. 158, 159 C.c.fr. bzw. Art.159, 160 C.c.belge und C.c.lux. Während nämlich in den letztgenannten Artikeln von einer "reconnaissance légale" die Rede ist, sprechen die Art.161, 162 C.c. von einer "paranté ou alliance naturelle". Daraus ergebe sich, dass das Gesetz in den letzteren Fällen jede Art von blutsmässiger Verwandtschaft oder darauf beruhender Schwägerschaft berücksichtigen wolle, während im übrigen das gesetzliche Anerkenntnis bzw. das Urteil ausschlaggebend bleiben soll. Dadurch wird jedoch nichts gewonnen; denn das Gesetz hat ja gerade mit seinem Obersatz "la recherche de la paternité est interdite" festgelegt, dass es grundsätzlich alle Fälle nicht festgestellter unehelicher Verwandtschaft nicht berücksichtigen will.

Dennoch kann dieser Satz und seine Folgen auf die Art. 161, 162 C.c. keine Anwendung finden. Denn mit dem genannten Obersatz "la recherche de la paternité est interdite" traf das Gesetz weder eine medizinisch-physiologische noch eine moralisch-ethische, sondern einzig eine gesellschaftspolitische Entscheidung, die der damaligen gesellschaftlichen und sozialen Struktur des Rechts-

25) Colin-Capitant-de la Morandière No.174, Demolombe Bd.III No.107, 108; mit erheblichen Einschränkungen Beudant No.542 b, zweifelnd Planiol-Ripert-Boulanger No. 816.

gebietes entsprach - oder entsprechen sollte. Der Gesetzgeber war insoweit, wenn auch dem Denken seiner Zeit unterworfen, frei und hätte sich auch anders entscheiden können.

Dagegen setzte das Gesetz mit seiner Entscheidung, Ehen zwischen blutsmässig Verwandten zu verbieten, nur eine, auf sittlich-religiöser und medizinischer Grundlage beruhende Tradition fort, die den abendländischen Kulturraum seit über einem Jahrtausend beherrschte. Der Gesetzgeber war insofern nicht frei; eine anderslautende Entscheidung wäre undenkbar gewesen; sie war ihm unausweichlich vorgegeben, er hatte sie nur zu kodifizieren.

So gesehen, erscheint das Verbot der Verwandtenehe als ein Rechtssatz "höherer Art", der durch eine Zweckmässigkeitsentscheidung, wie sie im Hinblick auf die Berücksichtigung unehelicher Verwandtschaft im übrigen getroffen wurde, nicht eingeschränkt werden konnte und somit auch nicht eingeschränkt wurde.

Diese Überlegungen gelten allerdings nicht im gleichen Masse für ein Eheverbot zwischen Verschwägerten auf Grund einer unehelichen Verwandtschaft. Doch ist es nicht möglich, den Begriff der unehelichen Verwandtschaft in den genannten Artikel verschieden auszulegen. Denn mit dem Ausdruck "alliance naturelle" ²⁶⁾ nimmt das Gesetz unmittelbar Bezug auf die "parenté naturelle" ²⁷⁾ der gleichen Vorschrift: Es handelt sich um diejenige Schwägerschaft, die durch eine parenté naturelle desgleichen Umfanges begründet wird.

Wir haben hier nun allerdings mit dem Vorwurf einer gewissen Inkonsequenz zu rechnen. Im vorigen Abschnitt wurde die "uneigentliche Schwägerschaft" als Ehehindernis

26) uneheliche (natürliche) Schwägerschaft.

27) uneheliche (natürliche) Verwandtschaft.

nicht anerkannt, während wir hier die auf unehelicher Geburt beruhende Schwägerschaft als unter die Art. 161, 162 C.c. fallens angenommen haben. Beiden Fällen liegt jedoch der gleiche vom Gesetz geregelte Tatbestand zugrunde: Die Eheschliessung von Personen, von denen eine mit nahen Verwandten der anderen geschlechtlich verkehrt hatte, sollte unterbunden werden. Dennoch ist eine unterschiedliche Behandlung nach Lage des Gesetzes nicht zu vermeiden. Der Begriff der Schwägerschaft, Ausgangspunkt dieser Überlegungen, ist zwar im Gesetz nicht definiert, er besteht jedoch fraglos, wie bereits erwähnt wurde, aus einer Verbindung der Begriffe "Verwandtschaft" und "Ehe". Während es nun nicht möglich ist, den Begriff der Ehe auf eheähnliche Lebensgemeinschaften oder gar auf die aussererheliche Geschlechtsgemeinschaft auszudehnen, da sie ein rechtliches Institut und nicht ein Faktum, wie jene, ist, kann der Begriff der Verwandtschaft, insbesondere also der unehelichen Verwandtschaft, nicht mit deren Feststellung gleichgesetzt werden. Der Begriff der Verwandtschaft ist zwar auch ein Rechtsbegriff und als solcher regelmässig von der rein rechtlichen Situation einer Familie abhängig²⁸⁾, hier jedoch soll er nach dem Wortlaut und dem Ziel des Gesetzes allein von den rein abstammungsmässigen, d.h. blutsmässigen Fakten bestimmt werden.

Die sich für die Schwägerschaft ergebenden, anscheinend einander widersprechenden Ergebnisse, sind somit nach dem Gesetz berechtigt. Ob rechtspolitisch diese unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt ist, wird bei Behandlung des deutschen Rechtes zu untersuchen sein.

28) z.B. Art. 163 C.c. Dort ist die "paranté naturelle" nicht erwähnt. Sie oben unter A Ziff. 3.

Als *paranté naturelle* oder *alliance naturelle* im Sinne der Art. 161, 162 C.c. ist somit jede uneheliche Verwandtschaft, bzw. auf einer solchen beruhende Schwägerschaft anzunehmen, gleichgültig ob diese uneheliche Verwandtschaft durch ein Urteil oder Anerkenntnis bereits festgestellt ist oder nicht.

Letztlich kann auch der gelegentlich vertretenen Ansicht, eine solche uneheliche Verwandtschaft sei nur dann zu berücksichtigen, wenn sie allgemein bekannt sei ²⁹⁾, nicht gefolgt werden. Sie wird weder der Problemstellung (Begriff der Verwandtschaft) noch der Notwendigkeit einer praktischen Durchführbarkeit gerecht; denn schon die Rechtsprechung zu Art. 340 Ziff. 4 C.c.fr. ³⁰⁾ zeigt, wie wenig erfassbar solche, nicht rechtlichen, sondern vom Tatsächlichen abhängigen Allgemeinsätze sind ³¹⁾.

29) Beudant No.542: "...*paranté naturelle* existant d'une *notorié publique*..".

30) Art. 340 Ziff. 4) C.c.: "*La paternité hors mariage peut être judiciairement déclaré... dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire*..."

31) Der Vorschlag der Kommission zur Reform des Code civil geht nur scheinbar von diesem Gedanken aus.
(Travaux Jahrg.1946/47 Seite 597 Art. 20):

"En l'absence d'une filiation légalement établie, l'existence d'un lien notoire de filiation naturelle suffit à entraîner les empêchements prévus aux deux articles précédents (welche die Ehehindernisse der Verwandtschaft und Schwägerschaft betreffen)".

Die Beratungen auf S.507 ff a.a.O. lassen jedoch erkennen, dass jede wie auch immer festzustellende blutsässige Verwandtschaft damit berücksichtigt werden soll und mit der Formulierung "*filiation notoire*" nur die Notwendigkeit einer zweifelsfreien, nicht nur auf Vermutungen beschränkten Feststellung zum Ausdruck gebracht werden sollte.

Die beiden einzigen, uns zu dieser Frage bekannt gewordenen Entscheidungen kommen zu gegenteiligen Ergebnissen. So entschied das Tribunal de Versailles ³²⁾ im wesentlichen mit der Begründung, dass es sich bei dem Verbot der Verwandtenehe um einen Naturrechtssatz handle, dass eine uneheliche Verwandtschaft auch ausserhalb der gesetzlich zugelassenen Feststellung berücksichtigt werden müsse; das Gericht sei auch weiter in der Art und dem Umfang seiner Untersuchung nicht beschränkt.

Gegenüber entschied der Appellhof in Grenoble ³³⁾, dass im allgemeinen nur ein gültiges Anerkennnis bzw. Urteil eine ausserhehliche Verwandtschaft im Rechtssinne begründen könne. Doch wird gerade dies "im allgemeinen" bei einer Auseinandersetzung mit dieser Entscheidung oft überschauen; denn die Entscheidung gestattet darüberhinaus sowohl dem Standesbeamten als auch dem Staatsanwalt und dem Gericht, gegebenenfalls selbst Nachforschungen zu tätigen, jedoch nur im Rahmen und innerhalb der Beweismöglichkeiten, die für die Abstammungsklage vorgesehen sind. Die Entscheidung verbietet also nur, und dies, wie festgestellt wurde, allordings zu Unrecht, die Berücksichtigung einer unehelichen Verwandtschaft - und entsprechend einer darauf beruhenden Schwägerschaft - aufgrund allgemeiner und weiterer Feststellungen?

- 5) Vom Eheverbot der Schwägerschaft nach Art. 162 C.c.fr. (Schwager und Schwägerin) kann nach französischem Recht (Art. 164 C.c.fr.) aus schwerwiegenden Gründen Befreiung bewilligt werden. Nach belgischem und luxemburgischem Recht ist eine solche Befreiung nicht möglich.

32) Tribunal de Versailles, vom 13. Jan. 1892, in Sir. 1892.2.92.

33) Grenoble vom 14. Jan. 1889 in D.P. 1890.2.193.

Vom Ehehindernis der Schwägerschaft in gerader Linie ist eine Befreiung nach keinem dieser Rechte möglich ³⁴⁾.

Das Ehehindernis der Schwägerschaft ist in jedem Falle trennend und bewirkt gemäss Art.184 C.c.(übereinstimmend) die absolute Vernichtbarkeit einer solchen Ehe.

- II A 1) Nach deutschem Recht ist die Ehe verboten zwischen allen Verwandten in gerader Linie (Aszendenten und Deszenten), sowie zwischen voll- und halbbürtigen Geschwistern, jeweils gleichgültig, ob die Verwandtschaft auf ehelicher oder unehelicher Geburt beruht, § 4 Abs. I EheG 46. Die uneheliche Verwandtschaft kann auf jede Weise festgestellt werden, eines vorausgegangenen Anerkenntnisses oder Urteils bedarf es nicht ³⁵⁾. Im Gegenteil, soweit es sich nicht im Einzelfall um ein rechtskräftiges Abstammungsurteil (§§ 640 ff ZPO) handelt, können die inzident und damit nicht in Rechtskraft erwachsenen Feststellungen in anderen Urteilen, etwa einem Unterhaltsurteil (§§ 1708 ff BGB), von den Parteien bestritten werden. Ebensowenig sind etwa die Vermutungen der §§ 1717, 1718 BGB von Bedeutung: Entscheidend allein ist die tatsächliche blutmässige Verwandtschaft ³⁶⁾.

34) Eine solche ist jedoch nach den Vorschlägen der Kommission zur Reform des Code civil nunmehr ebenfalls vorgesehen (Protokolle a.a.O.S.597 Art.21).

35) Staudinger, Anm.8; RGRKomm.Anm. je zu § 1310 BGB, v.Scacconi, Anm. 1 zu § 6 und Anm.2 zu § 7 EheG 38 Palandt Anm.4, v.Godin Anm.4 Gerold Anm.5 je zu § 4 EheG 46.

36) Der Wortlaut des Gesetzes könnte im übrigen zu Zweifeln Anlass geben, indem er von "unehelicher Geburt" spricht. Es ist dies jedoch unbestritten nur als eine ungenaue Formulierung aufzufassen. Auch die im Ehebruch mit einer verheirateten Frau gezeugten Kinder, die damit "eheliche" Kinder des anderen Mannes werden, sind mit diesem im Sinne des § 4 EheG. nicht verwandt, dagegen mit ihrem Erzeuger und dessen Verwandten. Es handelt sich hierbei nicht um eine extensive Auslegung des Gesetzes, - denn im gleichen Masse wie der

- 2) Das Ehehindernis der Verwandtschaft ist somit nach deutschem Recht etwas weniger ausgedehnt, als nach den Rechten des Code civil, die, wie gezeigt, auch noch das Ehehindernis zwischen Onkel und Nichte sowie Tante und Nefen kennen. Im übrigen sind Differenzen nicht festzustellen.
- 3) Eine Befreiungsvorschrift von diesem Ehehindernis kennt das deutsche Recht nicht. - Das Ehehindernis ist im übrigen trennend, gemäss § 21 Abs. I EheG 46 führt es im Falle einer dennoch geschlossenen Ehe zu deren Vernichtbarkeit.

- B
- 1) Die Ehe ist weiter verboten zwischen allen Verschwägerten in gerader Linie, dagegen nicht zwischen Verschwägerten in der Seitenlinie, insbesondere nicht zwischen Schwager und Schwägerin, § 4 Abs. I EheG 46³⁷⁾. Massgeblich ist auch hier nicht die rechtliche, sondern die tatsächliche blutmässige, die Schwägerschaft vermittelnde Verwandtschaft.

Weitere Voraussetzung ist, dass eine gültige Ehe bestanden hat. Denn die Schwägerschaft wird, wie nach den Rechten des Code civil, durch Verwandtschaft und Ehe begründet. Das Gesetz versteht aber unter einer Ehe immer nur

36) Fortsetzung...blutmässige Vater und dessen Verwandte in den Kreis des § 4 einbezogen werden, wird der "eheliche Vater" und seine Verwandten daraus ausgeschlossen - sondern nur um eine Richtigstellung des unverkennbaren gesetzlichen Willens.

37) Eine entsprechende Vorschrift war auch nach deutschem Recht nötig, da die Schwägerschaft, genau wie nach den Rechten des Code civil, gemäss § 1590 BGB die sie vermittelnde Ehe überdauert.

die gültige Ehe. Das Ehehindernis der Schwägerschaft besteht daher nicht, wenn die die Schwägerschaft vermittelnde Ehe vernichtet worden ist³⁸⁾.

- 2) Von diesem Eheverbot der Schwägerschaft kann Befreiung erteilt werden, § 4 Abs. III EheG 46. - Im übrigen ist auch dieses Ehehindernis trennender Natur (§ 21 EheG 46) und bewirkt im Falle einer Zuwiderhandlung die Vernichtbarkeit der Ehe. Diese entfällt jedoch wiederum, wenn von dem Ehehindernis nachträglich Befreiung erteilt wird (§ 21 Abs. II EheG 46). Es ist dies eine Vorschrift, die den Rechten des Code civil unbekannt ist und sich auch nicht im Wege der Auslegung gewinnen lässt³⁹⁾.

Auch das Ehehindernis der Schwägerschaft ist somit - und hier sogar bedeutend - weniger ausgeprägt als im französischen, belgischen und luxemburgischen Recht, insbesondere da nach deutschem Recht von allen Fällen dieses Ehehindernisses Befreiung erteilt werden kann, während eine Befreiung vom Eheverbot der Schwägerschaft in gera-

38) Palandt-Lauterbach Anm. 3, Siebert-Vogel Anm. 3, Hoffmann-Stephan Anm. 3 B je zu § 4 EheG 46, v. Codin Anm. 3 zu § 4 und Anmerkung zu § 21 EheG 46; a.A. Gerold Anm. 6 zu § 4 EheG 46. - Ebenso früher § 1310 BGB. Siehe dazu Staudinger Anm. 5 zu § 1310 BGB. Anders früher § 7 EheG 38. Dort war das Ehehindernis der Schwägerschaft ausdrücklich auch auf den Fall ausgedehnt worden, dass die vermittelnde Ehe vernichtet worden war.

Dasselbe schlägt nunmehr der Regierungsentwurf in § 1307 Abs. I vor; der Bundesrat hat dagegen keine Einwände erhoben. Siehe bei Massfeller "Das neue Familienrecht" S. 50.

Beachte in diesem Zusammenhang aber auch die Ausführungen unten diff. 3 zum Ehehindernis der Geschlechtsgemeinschaft nach geltendem Recht.

39) Siehe § 9 Text und Fussnote 10.

der Linie nach den Rechten des Code civil nicht gegeben ist, eine Ehe zwischen solchen Personen also nie und unter keinen Umständen geschlossen werden kann.

- 3) Dieser weniger "strengen" Ausgestaltung der Ehehindernisse der Verwandtschaft und Schwägerschaft im deutschen Recht steht nun allerdings eine recht weitgehende und harte andere Vorschrift zur Seite: Das Ehehindernis der Geschlechtsgemeinschaft (uneigentlichen Schwägerschaft) gemäss § 4 Abs. II EheG 46, das den Rechten des Code civil weder ausdrücklich bekannt ist, noch im Wege der Auslegung angenommen werden muss. Danach ist die Ehe verboten zwischen allen Personen, von denen die eine mit Aszendenten oder Deszendenten der anderen Geschlechtsgemeinschaft gepflogen hat. Es handelt sich also um die Fälle der uneigentlichen Schwägerschaft in gerader Linie. Dieses Eheverbot, das dem Personenstandsgesetz von 1875 nicht bekannt war, nach lebhaften Debatten dann als § 1310 Abs. II in das bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden ist, durch das Ehegesetz von 1938 ausdrücklich ⁴⁰⁾ beseitigt und letztlich, wahrscheinlich etwas vorschnell, wieder in das Ehegesetz von 1946 ⁴¹⁾ aufgenommen wurde, hat von allen Seiten die lebhafteste Kritik erfahren ⁴²⁾. Vor allem Nathan a.a.O. hat es, stark pointierend, als ein "Relikt aus den Zeiten des Mittelalters" bezeichnet, mit Recht aber auf das Unzweckmässige - infolge seines zur Denunziation geradezu anreizenden Charakters - und

40) Amtliche Begründung zum Text des EheG von 1938; die betreffende Stelle ist abgedruckt bei Peters, Anm. zu § 4 EheG 46.

41) Für den möglicherweise auch ausländischen Leser sei darauf hingewiesen, dass das EheG 46 nicht aus einer üblichen Gesetzesreform hervorging, sondern, als Kontrollratsgesetz, nur das Ziel hatte, die nationalsozialistischen Tendenzen des EheG 38 zu beseitigen. Insofern wurde fast ausnahmslos und ohne weitergehende dogmatische und rechtspolitische Überlegungen der Rechtszustand, wie ihn das BGB schon kannte, wieder eingeführt.

42) Vor allem Nathan in NJ 1948 S.100 ff und Boehmer in DRZ 1948 S.472 f;

Unbillige - da nur ein Bruchteil aller tatsächlichen Fälle von ihm erfasst werden können - dieser Vorschrift hingewiesen. Wirklich überraschend aber mutet es an, dass das deutsche bürgerliche Recht mit dieser Vorschrift päpstlicher als der Papst ist: Denn can. 1078, 1043 ff Codex iuris can. von 1917 statuieren dieses Ehehindernis nur für die Fälle eines "notorisch bekannten Konkubinites" und sehen darüberhinaus auch noch die Möglichkeit eines Dispenses vor⁴³⁾.

-
- 43) Der rechtspolitische Grund aller Ehehindernisse der Schwägerschaft, also auch der sogenannten "uneigentlichen Schwägerschaft" ist sowohl sozialer als auch moralischer Natur. Da aber das soziale Element im Fall der "uneigentlichen Schwägerschaft" gewöhnlich infolge der geringen äusseren Beziehungen der Partner nicht betroffen wird, dagegen wohl im Falle eines "notorischen Konkubinites", ist das kanonische Recht mit seiner Formulierung an sich sehr exakt (auf die Bedenken hinsichtlich der praktischen Durchführbarkeit wurde bereits oben § 9 I B Ziff. 4 a.E. hingewiesen): Der vom Gesetz zu regelnde äussere und innere Tatbestand ist der gleiche, nämlich geschlechtliche Gemeinschaft des einen Partners mit nahen Verwandten des anderen Partners, die aus sozialen und moralischen Erwägungen als Hindernis einer Eheschliessung erachtet wird.
- Doch ist nicht zu übersehen, dass der Schwerpunkt des Grundes, auf dem der Gesamtkomplex der Ehehindernisse der Schwägerschaft gegründet ist, sozialer Natur ist, d.h. der möglichsten Vermeidung von geschlechtlichen Spannungen im engeren Familienkreis zu dienen hat. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus der Möglichkeit einer Befreiung von diesem Ehehindernis, die nach deutschem Recht weitgehend, nach französischem Recht teilweise möglich ist.
- Eine solche Befreiung hat nur das soziale Element des rechtspolitischen Grundes im Auge; denn moralische Erwägungen sind absoluter Natur und vermögen, da der äussere Tatbestand gleich bleibt, nicht von Fall zu Fall zu variieren. Demgegenüber ist die Beurteilung des sozialen Grundes weitgehend den Gegebenheiten des Einzelfalles unterworfen, abgesehen von seinem vorwiegend präventiven Charakter, weshalb überhaupt erst die Möglichkeit einer Befreiung im Einzelfall ihre Berechtigung erfährt.

Die Vorschrift des § 4 Abs. II EheG 46 ist de lege lata nicht zu umgehen. Ihre ersatzlose Beseitigung durch den Gesetzgeber ist jedoch - möglicherweise mit Ausnahme solcher Konkubinate, die im sozialen Alltag fast den Charakter einer ehelichen Gemeinschaft angenommen haben ⁴⁴⁾ - dringend zu empfehlen. Erwähnt sei, dass im europäischen Rechtskreis nur noch das deutsche Recht dieses Ehehindernis kennt: Ein nicht zu überschender Hinweis darauf, dass die kritischen Äusserungen der deutschen Literatur zu diesem Ehehindernis zu Recht bestehen.

- 4) Eine Möglichkeit der Befreiung vom Ehehindernis der Geschlechtsgemeinschaft sieht das Gesetz nicht vor; in § 4 Abs. III EheG 46 spricht es ausdrücklich nur von der Befreiung vom Ehehindernis der Schwägerschaft. Es verwundert insofern nicht, dass die Annahme einer Befreiungsmöglichkeit im Wege der Auslegung von vielen Lehrmeinungen abgelehnt wird ⁴⁵⁾. Ausserordentlich verwundern muss dagegen eine Überlegung, die zu dem Ergebnis kommt, auch im Falle der Befreiung vom Ehe-

43) Fortsetzung...

Diese Überlegungen sind eine weitere Begründung für unsere Ansicht, dass das Ehehindernis der Geschlechtsgemeinschaft zumindest seinem heutigen Umfange nach nicht aufrecht erhalten bleiben sollte; denn das Gesetz postuliert mit dieser Vorschrift eine Haltung, der es im übrigen selbst nicht mehr in der Lage ist, - aufgrund durchaus richtiger Überlegungen, - konsequent zu folgen.

- 44) Es sei an die in Deutschland in letzter Zeit immer wieder erwähnten "Onkelehen" erinnert.

- 45) Achilles-Greif-Beitzke, Anm. 1, Michaelis Anm. 7 je zu § 4 EheG 46; Schnorr von Carolsfeld in StAZ 1950 S.59. Unentschieden Beitzke § 9 II/1c.

hindernis der Schwägerschaft stünde einer Eheschliessung immer noch das Ehehindernis der Geschlechtsgemeinschaft im Wege, das nicht zu beseitigen sei ⁴⁶⁾. Dies würde bedeuten, dass das Gesetz in § 4 Abs. III EheG 46 mit der dort bestimmten Möglichkeit der Befreiung vom Ehehindernis der Schwägerschaft einen Nonsens statuiert habe. Gustav Boehmer ⁴⁷⁾ hat den Fehler dieser logizistischen Interpretation, die das Ziel des Gesetzes völlig aus dem Auge verliert, überzeugend aufgedeckt. Im Verhältnis zum Begriff der Schwägerschaft ist der der Geschlechtsgemeinschaft der Oberbegriff, sodass der Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* anzuwenden ist: Für den Unterfall der Geschlechtsgemeinschaft, nämlich die förmliche Schwägerschaft, hat das Gesetz die Befreiung ausdrücklich zugelassen.

Aus den gleichen Überlegungen kann auch nicht angenommen werden, dass es sich bei dem Mangel einer Befreiungsvorschrift vom Ehehindernis der Geschlechtsgemeinschaft nur um ein Redaktionsversehen bei Abfassung des Gesetzes handelt ⁴⁸⁾, ebensowenig, wie die Möglichkeit einer Befreiung auf dem Wege einer normalen Gesetzesauslegung *a fortiori* gewonnen werden kann ⁴⁹⁾. Denn die Geschlechtsgemeinschaft ist gegenüber der förmlichen Schwägerschaft der weitere Tatbestand.

Blicken wir jedoch auf die bereits vorgenommene rechtspolitisch wertende Untersuchung der beiden Ehehindernisse zurück ⁵⁰⁾, so ist das Ehehindernis der Schwägerschaft das erheblichere, notwendigere, rechtspolitisch das "Mehr" gegenüber dem Ehehindernis der Geschlechtsgemeinschaft.

46) Rohs in DRZ 1948 S.293.

47) Boehmer in DRZ 1948 S.472 f.

48) Dies nehmen Nathan a.a.O. und v.Godin Anm. 8 zu § 4 EheG an.

49) So vor allem Gerold Anm. 8, Huth Anm. 6 je zu § 4 EheG 46 und im Ergebnis auch Dölle in DRZ 1948 S.224 unter offenbarer Verwendung des arg. *a fortiori*.

50) Siehe oben Fussnote 43.

Hat nun aber das Gesetz dem, wie betont, rechtspolitischen, nicht dogmatischen "Mehr" der Schwägerschaft die Möglichkeit einer Befreiung eingeräumt, dagegen eine solche dem "Weniger" der Geschlechtsgemeinschaft ohne erkennbare Gründe versagt, so empfiehlt sich ausnahmsweise die Annahme einer solchen Befreiungsmöglichkeit extra oder gar contra legem; es darf jedoch nicht übersehen werden, dass es sich nur um eine solche handeln kann.

Die Streitfrage hat ihre wesentliche praktische Bedeutung verloren, seit die meisten Länderjustizverwaltungen die Möglichkeit einer Befreiung vorgesehen haben ⁵¹⁾.

Diese Erlasse und Verfügungen sind jedoch kein positives Recht, sondern reine Verwaltungsanordnungen, die es den die Befreiung erteilenden Behörden, hier regelmässig den Landgerichtspräsidenten, ermöglichen, contra legem zu handeln.

Eine richterliche Entscheidung der Frage ist kaum zu erwarten, da es sich bei dem Ehehindernis der Geschlechtsgemeinschaft nur um ein aufschiebendes, nicht trennendes Ehehindernis handelt, sodass keiner der Ehegatten mit der Begründung, die Befreiung sei gesetzwidrig und daher nichtig, die Aufhebungs- oder Nichtigkeitsklage gegen seinen Partner betreiben kann.

- III 1) Wesentliche systematische Verschiedenheiten lassen sich somit bei den Ehehindernissen der Verwandtschaft und Schwägerschaft nach den Rechten des Code civil gegenüber dem deutschen Recht nicht nachweisen. Doch sind nach dem geltenden Rechtszustand die Differenzen im einzelnen innerhalb dieses Gebietes noch recht erheblich.

51) Nachweise dieser einzelnen Anordnungen bei Hoffmann-Stephan, Anm. zu § 4 EheG 46 und vor allem bei Brandis-Maßfeller, Komm. zum PStG, Anm. 4 zu § 17 der 1.AVO zum PStG.

- 2) Werden aber, was zu hoffen ist, der französische, belgische und luxemburgische Gesetzgeber die Befreiungsmöglichkeit vom Ehehindernis der Schwägerschaft in gerader Linie einführen und der deutsche Gesetzgeber das Ehehindernis der Geschlechtsgemeinschaft beseitigen ⁵²⁾, so werden die Rechte des Code civil gegenüber dem deutschen Recht als einzige Besonderheit noch das Ehehindernis zwischen Onkel und Nichte sowie Tante und Neffen kennen, von dem ausserdem Befreiung erteilt werden kann. Ob das letztgenannte Ehehindernis medizinisch oder sozial gerechtfertigt ist, mag dahingestellt bleiben; mit seiner Beseitigung ist nach den augenblicklichen Tendenzen der Rechtswissenschaft dieser Länder ebensowenig zu rechnen, wie der deutsche Gesetzgeber an eine Einführung dieses Ehehindernisses denken wird. Doch ist seine praktische Bedeutung so gering, dass darüber die zu erhoffende und wesentliche Einheitlichkeit hinsichtlich der Ehehindernisse der Verwandtschaft und Schwägerschaft nach den beiden Rechtssystemen nicht übersehen werden darf.

52) Dies ist nach dem Entwurf der Bundesregierung vorgesehen. - Siehe § 1307 des Entwurfes und die amtliche Begründung dazu bei Massfeller "Das neue Familienrecht" S.50. - Der Bundesrat hat diesem Vorschlag ebenfalls zugestimmt.

§ 10

Das Ehehindernis der Adoption

I

- 1) Art. 354 C.c.fr. und gleichlautend Art. 350 C.c.belge sowie Art. 348 C.c. lux. begründen eine Reihe von Ehehindernissen für den Fall der Adoption.

Die Ehe ist danach verboten zwischen dem Adoptierenden und dem Adoptierten sowie dessen Abkömmlingen, zwischen dem Adoptierten und dem Ehegatten des Adoptierenden und umgekehrt, sowie zwischen den Adoptivkindern derselben Person und letztlich zwischen dem Adoptierten und möglicherweise noch nach der Adoption geborenen Abkömmlingen des Adoptierenden ¹⁾.

- 2) Lebhaft umstritten ist in diesem Zusammenhang nur die Frage, ob es sich bei diesen Ehehindernissen um trennende oder aufschiebende Ehehindernisse (*empêchements dirimants ou prohibitifs*) handelt; denn die genannten Artikel sind unter den die Vernichtbarkeit begründenden Vorschriften der Art. 180 ff C.c. (*demandes en nullité*) nicht enthalten. Vor allem aber hat das französische, belgische und luxemburgische Adoptionsrecht die Aufnahme des Adoptierten in die neue Familie nur lose gestaltet, sodass von der gesetzlichen Fiktion einer Blutsverwandtschaft nicht gesprochen werden kann. Es ist daher nicht möglich, unter entsprechender Anwendung der Regeln über die Blutsverwandtschaft zu der Annahme eines trennenden Ehehindernisses zu gelangen.

Darüberhinaus aber wurde das Eheschliessungsrecht des

- 1) Vor der Adoption geborene Abkömmlinge des Adoptierenden bedürfen insofern keiner Nennung, als gemäss Art. 344 C.c. fr. und C.c. belge sowie Art. 343 C.c. lux. eine Adoption nur dann gestattet ist, wenn im Augenblick ihres Abschlusses der Adoptierende keine natürlichen Abkömmlinge hat.

Code civil lange Zeit und wird auch heute noch teilweise von dem Satze beherrscht: "Pas de nullité sans texte" ²⁾. Auf die hier gestellte Frage übertragen bedeutet dies: Ein trennendes Ehehindernis kann ohne eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung nicht angenommen werden ³⁾. Auch die Rechtsprechung war von diesem Satz, auf den später noch näher einzugehen sein wird, völlig durchdrungen ⁴⁾.

Aus diesen Überlegungen heraus wurden die genannten Ehehindernisse der Adoption überwiegend nur als vorbeugende Ehehindernisse angesehen.

Erst in neuerer Zeit haben sich erhebliche Bedenken gegen den genannten Satz entwickelt, der sich im Gesetz selbst nicht findet, dagegen unbestritten das vornapoleonische Ancien Droit beherrschte ⁵⁾. Vor allem aber wird im Hinblick auf die hier gestellte Frage geltend gemacht, der Gesetzgeber habe bei Abfassung der Art. 180 ff C.c. noch gar nicht gewusst, wie er das erst später zu regelnde Adoptionsrecht gestalten wolle und habe daher auch eine entsprechende Vorschrift bei diesen Artikeln gar nicht aufnehmen können. Im übrigen sei der Wortlaut der Art. 161 ff C.c. (Verbot der Verwandtenehe) mit dem der Art. 350 bzw. 354 C.c. völlig gleich ⁶⁾: "Le mariage est prohibé entre ..." ⁷⁾.

2) "Keine Nichtigkeit ohne (ausdrückliche) gesetzliche Grundlage".

3) Laurent Bd. II No.430 ff, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade No.1700, Beudant No.599, Josserand No.787.

4) So zum Beispiel: Cass.vom 9. Jan.1821 in Sir.1821.1.157; Cass. vom 12.Nov.1839 in Sir.1839.1.826; Paris vom 3. März 1897 in Sir.1897.2.102.Douai vom 28.Dez. 1908 in D.P.1909.2.102.

5) Colin-Capitant-de la Morandière No. 205, Aubry-Rau-Esmein § 458, De Page No. 646, Planiol-Ripert-Boulangier No. 972.

Dennoch ist dem genannten Satz "pas de nullité sans texte" in diesem Zusammenhang die Berechtigung nicht abzusprechen. Es wurde bereits oben bei Behandlung des Ehehindernisses der Verwandtschaft betont, dass Ehehindernisse nicht ausdehnend ausgelegt werden dürfen. Hier ist nun zwar ein solches Ehehindernis statuiert, doch ist es nicht als trennendes Ehehindernis gekennzeichnet: Wiederum verbietet sich eine ausdehnende Auslegung; denn um eine solche würde es sich tatsächlich handeln, da ein Ehehindernis grundsätzlich nur vorbeugender Art ist und erst durch Aufnahme einer entsprechenden Sanktion bei den Nichtigkeitsvorschriften als trennendes Ehehindernis gekennzeichnet wird.

Das Verbot einer ausdehnenden Auslegung ist hier um so mehr berechtigt, als durch eine Eheschliessung solcher Personen weder ein grundlegendes Element der Ehe selbst verletzt wird (wie etwa bei einer Ehe zwischen Personen gleichen Geschlechtes) noch ein dem kulturellen Begriff der Ehe vorgegebenes Verbot im Wege steht (wie dies etwa im Falle einer Ehe zwischen Blutsverwandten der Fall wäre). Vielmehr handelt es sich bei dem Eheverbot der Adoption nur um eine soziale Ordnungsvorschrift, deren allerdings sehr berechtigter Sinn die Fernhaltung aller geschlechtlichen Spannungen innerhalb einer Familiengemeinschaft ist. Darüberhinaus soll

6) Die Schwäche dieser Argumentation liegt auf der Hand; denn sie könnte nur dann von Bedeutung werden, wenn sich das Ehehindernis der Adoption seiner rechtspolitischen Erscheinungsform nach mit dem der Verwandtschaft vergleichen liesse. Dass dies nicht der Fall ist, wurde bereits erwähnt. - Im übrigen ist das belgische Adoptionsrecht erst in neuester Zeit (Gesetz vom 22. März 1940) völlig gefasst worden. Hätte das Gesetz wirklich ein trennendes Ehehindernis schaffen wollen, so wäre es ein Leichtes gewesen, dies nunmehr, nachdem es über 100 Jahre streitig war, klar zum Ausdruck zu bringen.

7) "Die Eheschliessung ist verboten zwischen ..."

vermieden werden, dass die Familienhierarchie durch solche Ehen gestört wird.

Eine unter Zuwiderhandlung der genannten Vorschriften geschlossene Ehe ist daher gültig und unangreifbar ⁸⁾.

- 3) Von den Eheverboten zwischen verschiedenen Adoptivkindern ein und desselben Annehmenden und zwischen Adoptierten und eventuellen späteren Abkömmlingen des Adoptierenden kann aus schwerwiegenden Gründen nach französischem und belgischem Recht Befreiung bewilligt werden (Art. 350 letzter Absatz C.c. belge bzw. Art. 354 letzter Absatz C.c.fr.). Das luxemburgische Recht (Art. 348 C.c. lux.) sieht eine solche Befreiungsmöglichkeit nicht vor.
- 4) Dass für das Adoptivkind die Ehehindernisse, wie sie sich aus seiner natürlichen blutsmässigen Verwandtschaft und Schwägerschaft ergeben, dem vollen Umfange nach weiterbestehen, sei nur um jeden Zweifel auszuschliessen, erwähnt.

- 8) Demolombe Bd. III No. 338, Beudant No. 539. Anderer Ansicht Aubry-Rau-Esmein Bd. VII § 461 S. 89 und Fussnote 8/2, Rouast No. 248, Fuzier-Herman No. 4, zu Art. 354 C.c.fr.

Allerdings besteht daneben auch das Adoptionsverhältnis weiter. Denn eine dem § 1771 BGB ähnliche Vorschrift kennen die Rechte des Code civil nicht. Sie kann auch nicht im Wege der Auslegung gewonnen werden, da diesen Rechten keine Tatbestände ähnlicher Art bekannt sind, die zu einer Auflösung des Adoptionsverhältnisses ipso iure führen.

Siehe dazu unten II Ziff. 3

II

- 1) Auch das deutsche Eherecht verbietet einige Fälle möglicher Eheschliessungen im Rahmen eines Adoptionsverhältnisses, jedoch ist der Rahmen bedeutend enger als nach den Rechten des Code civil. Gemäss § 7 EheG 46 ist die Ehe verboten zwischen dem Adoptierenden und dem Adoptierten sowie dessen Abkömmlingen. Unter letzteren sind alle Deszendeten zu verstehen, also auch solche, die im Augenblick der Adoption bereits geboren waren und auf die sich die Wirkungen der Adoption gemäss § 1762 S.2 BGB nicht erstrecken.
- 2) Uneheliche Kinder gelten gemäss § 1589 Abs. II BGB als nur mit der Mutter verwandt; § 7 EheG wird demnach bei unehelichen Abkömmlingen nur dann von Bedeutung, wenn es sich bei dem Adoptierten um eine Frau handelt⁹⁾.
- 3) Das Ehehindernis ist aufschiebender, nicht trennender Art. Eine unter Zuwiderhandlung geschlossene Ehe ist gültig. Es treten jedoch die Wirkungen des § 1771 Abs. I BGB ein: Das Adoptionsverhältnis ist ipso iure im Augenblick der Eheschliessung gelöst¹⁰⁾.
- 4) Eine Befreiung von dem Eheverbot ist nach deutschem Recht nicht vorgesehen; doch bedarf es einer solchen auch nicht, da die Wirkungen durch eine Lösung des Adoptionsverhältnisses von den Parteien selbst herbeigeführt werden können und sollen; denn die bereits genannte Vorschrift des § 1771 Abs. I BGB bringt zum Ausdruck, dass dem Gesetz das Fortbestehen eines Adoptionsverhältnisses zwischen Eheleuten als untragbar erscheint.

9) Herrschende Meinung, so Palandt Anm. 2, v. Godin Anm. 2, Gerold Anm. 2, Hoffmann-Stephan Anm. 3 jeweils zu § 7 EheG 46; Volkmar Anm. 3 zu § 10 EheG 38; RGRKomm. Anm. 2 und Staudinger Anm. 2 je zu § 1311 BGB.

10) Es ist dies unseres Erachtens eine sehr glückliche Lösung des Interessenkonfliktes zwischen der Störung der Familienhierarchie und dem Bestreben, einmal geschlossene Ehe nur in schwerwiegenden Ausnahmefällen zu vernichten.

§ 11

Das Eheverbot der Doppelehe.

- I 1) Es bedarf kaum eines besonderen Hinweises, dass der Abschluss einer Doppelehe auch nach französischem, belgischem und luxemburgischem Recht (Art. 147 C.c. gleichlautend) verboten ist. Dagegen steht einer Wiederverheiratung nach Auflösung einer früheren Ehe, die durch Tod oder Scheidung erfolgen kann, ebenfalls kein Hindernis entgegen.

Auch falls die frühere Ehe vernichtbar ist, kann eine weitere Ehe erst nach Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils geschlossen werden; denn eine vernichtbare Ehe zeitigt bis zu ihrer gerichtlichen Vernichtung alle Wirkungen einer gültigen Ehe, mögen diese Wirkungen dann auch durch das Urteil insgesamt ex tunc beseitigt werden.

- 2) Die Untersuchung der Frage, ob nach den Rechten des Code civil gewisse Tatbestände die Annahme einer "Nichtehe" rechtfertigen, wird erst später erfolgen (§ 19). Können dort solche Fälle von Nichtehe festgestellt werden, so hindern diese eine weitere Eheschliessung nicht.
- 3) Das Ehehindernis der Doppelehe steht einer Wiederholung der Eheschliessung zwischen den gleichen Partnern, falls diese etwa berechtigte Zweifel an der Gültigkeit ihrer früheren Eheschliessung haben sollten, nicht entgegen¹⁾, da das Wesen dieses Ehehindernisses nicht in dem Verbot

1) Erinuert sei daran, dass eine mögliche nachträgliche Befreiung von Ehehindernissen nach den Rechten des Code civil die Vernichtbarkeit der früher geschlossenen Ehe nicht beseitigen kann. In diesen Fällen können die Ehegatten durch eine Wiederholung der Eheschliessung die Vernichtbarkeit ihrer Ehe praktisch beseitigen, allerdings nur mit Wirkung ex nunc.

des zweimaligen Abschlusses einer Ehe ohne vorherige Auflösung oder Vernichtung der ersten Ehe zu sehen ist, sondern in dem Verbot des Abschlusses zweier Ehen mit jeweils verschiedenen Partnern.

- 4) Keine noch so lange Abwesenheit des einen Ehegatten, selbst wenn seit ebenso langer Zeit keine Nachrichten von ihm vorliegen, berechtigen den zurückgebliebenen Ehegatten eine neue Ehe einzugehen. Für einzelne Fälle kennen allerdings auch die Rechte des Code civil eine Todeserklärung (Art. 91 ff C.c.fr., belgische Verordnung vom 12.6.46 und Gesetz vom 20.8.1948 ²⁾.) Hat eine solche Todeserklärung stattgefunden, so kann der Zurückgebliebene wohl eine neue Ehe eingehen, jedoch mit dem nicht zu beseitigenden Risiko, im Falle der möglichen Rückkehr des für tot Erklärten in bigamischer Ehe zu leben; denn weder die Todeserklärung noch die zweite Eheschliessung beseitigen die frühere Ehe. Der Zurückgekehrte tritt also mit Wirkung ex tunc in alle seine früheren Rechte und Rechtsstellungen wieder ein. Seine Ehe mit dem Zurückgebliebenen hat nie zu bestehen aufgehört.

- 5) Das Ehehindernis der Doppelehe ist trennend und führt im Falle der Zuwiderhandlung, abgesehen von den strafrechtlichen Folgen, zur absoluten Vernichtbarkeit der zweiten, bigamischen Ehe.

Eine Ausnahme davon gilt nur für den Fall, dass während der gerichtlich festgestellten (Art.112 ff C.c. übereinstimmend) oder gesetzlich vermuteten ³⁾ Abwesenheit

2) Abgedruckt in Pasinomie belge "Collection complète des Lois, Arrêts et Règlements généraux en Belgique", Jahrgang 1946 und 1948. Ein Verschollenheitsrecht gibt es in Belgien jedoch nur für einzelne Fälle der Kriegs- und Kriegsfolgeverschollenheit im Laufe der Jahre 1940 bis 1945.

3) Fuzier-Herman No.3 zu Art.139 C.c.; Lyon vom 3.Feb. 1830 in Sir.1830.2.272.

eines der Ehegatten, von dem zurückgebliebenen Ehegatten trotz entgegenstehenden Rechtes eine zweite Ehe geschlossen wurde. Art.139 C.c.(übereinstimmend) bestimmen für diesen Fall, dass nur dem abwesenden Ehegatten die Erhebung der Nichtigkeitsklage zusteht. In diesem Fall handelt es sich somit um eine nicht absolute sondern nur relative Vernichtbarkeit der bigamischen Ehe.

Streitig ist in diesem Zusammenhang, ob die Vorschrift nur so lange gilt, bis der Abwesende zurückgekehrt ist oder ob sie auch nach seiner Rückkehr anzuwenden ist. Letztere Ansicht wurde von einigen Autoren im Anschluss an den etwas zweifelhaften und unpräzisen Wortlaut des Gesetzes vertreten ⁴⁾. Doch widerspricht diese Ansicht offensichtlich dem deutlich erkennbaren Ziel des Gesetzes, eine bigamische Ehe auf keinen Fall zu dulden. Ausserdem würde eine unannehmbare Diskrepanz zwischen zivil- und strafrechtlicher Folge insofern geschaffen, als es der Zurückgekehrte auch nach einer Verurteilung des zurückgebliebenen wegen Bigamie noch allein in der Hand hätte, die zivilrechtliche Tatsache der Nichtigkeit der bigamischen Ehe feststellen zu lassen oder nicht. Dieser Ansicht kann also keinesfalls gefolgt werden. Sinn der genannten Vorschrift des Art.139 C.c. ist nur, die Frage so lange ruhen zu lassen, bis geklärt ist, ob der Abwesende nicht doch vielleicht inzwischen verstorben ist. Für diese Zeit wird deshalb nur ihm allein als dem Hauptinteressierten das Klagerecht eingeräumt.

Dies ist auch die weit überwiegende Ansicht in der modernen Literatur ⁵⁾. Der Forderung, dass der Abwesende wirk-

4) Huc Bd.I No.455, Laurent Bd.II No.250.

5) Rouast No.267, Beudant No.737, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade Bd.II No.1272 (1283) und Bd.III No.1551, Fuzier-Herman No.2 zu Art.139 C.c., Aubry-Rau-Esmein Bd.I S.956 f, De Page No.653, Heinsheimer-Wolff Anm. zu Art.139 C.c.

lich zurückgekehrt sein müsse und etwa ein Schreiben nicht genüge, um die Wirkungen des Art.139 C.c. zu beseitigen, kann zugestimmt werden, da erst nach dessen tatsächlicher Rückkehr an dem Tatbestand der Bigamie nicht mehr gezweifelt werden kann.

- 6) Wird gegen eine bigamische Ehe das Nichtigkeitsverfahren eingeleitet, so kann ein gewisser Erfolg mit der Behauptung erzielt werden, die erste, zur Bigamie führende Ehe, sei vernichtbar. Obwohl die erste Ehe also noch ihre vollen Wirkungen zeitigt, wird in diesem Fall zunächst das Verfahren gegen die erste, als vernichtbar behauptete Ehe durchgeführt, Art.189 C.c.(gleichlautend). Ist das Ergebnis dieses Verfahrens ein Nichtigkeitsurteil gegen die erste Ehe, so wirkt dieses, wie bereits erwähnt, auf den Augenblick der Eheschliessung zurück (ex tunc), und die zweite, zunächst bigamische Ehe, erlangt ihre volle und unangreifbare Gültigkeit.

II 1) Auch dem deutschen Recht ist das Gebot der Einehe selbstverständlich. Eine zweite Ehe kann erst nach Auflösung der vorhergehenden Ehe geschlossen werden. Aufhebungsgründe sind nach deutschem Recht, ebenso wie nach den Rechten des Code civil, der Tod des einen Ehepartners oder die rechtskräftige Scheidung. Dazu kommt nach deutschem Recht noch die Aufhebung der Ehe (§§ 28 ff EheG), die jedoch der Sache nach nur ein Unterfall der Vernichtung einer Ehe ist, wenn sich ihre Wirkungen auch nach Scheidungsrecht beurteilen, d.h. ex nunc eintreten. Aber auch eine vernichtbare Ehe bedarf, bevor eine weitere Ehe geschlossen werden kann, der gerichtlichen Vernichtung, obwohl, sobald diese erfolgt ist, im Rechtssinne nie eine Ehe bestanden hat.

- 2) Massgebend für den Zeitpunkt der gerichtlichen Auflösung oder Vernichtung einer Ehe ist der Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils. Dem deutschen Prozessrecht sind jedoch

zwei Möglichkeiten geläufig, die eine Durchbrechung der Rechtskraft darstellen: Das Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmeverfahren gemäss §§ 579 ff ZPO innerhalb einer Frist von 5 Jahren (§ 586 Abs. II ZPO) und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 233 ff ZPO) zur Einlegung eines Rechtsmittels gegen ein die Ehe auflösendes oder sie vernichtendes Urteil. Wird die Wiedereinsetzung gewährt und das Rechtsmittel nachgeholt, so genügt dies allein schon, um die Rechtskraft des vorhergehenden, die erste Ehe auflösenden oder sie vernichtenden Urteils zu beseitigen, ohne dass es einer anderen Sachentscheidung im Rechtsmittelverfahren vorerst bedürfte. Anders dagegen ist es im Nichtigkeits- bzw. Wiederaufnahmeverfahren: Hier genügt die Eröffnung des Verfahrens noch nicht, um die Rechtskraft des angegriffenen Urteils zu beseitigen, vielmehr muss dazu durch rechtskräftiges Endurteil das angegriffene Urteil insgesamt beseitigt werden.

Die Partner der aufgelösten oder vernichteten Ehe sind daher in der Lage, noch während des Nichtigkeits- bzw. Wiederaufnahmeverfahrens eine zweite Ehe einzugehen⁶⁾, ebenso wie in der Zeit vom Antrag auf Wiedereinsetzung bis zu deren Gewährung; denn in beiden Fällen besteht so lange die Rechtskraft des fraglichen Urteils unangestastet weiter.

Ist einer der Partner in der Zwischenzeit, also in der Zeit zwischen Rechtskraft des Urteils und deren Beseitigung im Wege der angeführten Verfahren, eine zweite Ehe eingegangen, so ist diese bigamisch. In diesem Zusammenhang ist es auch gleichgültig, ob man die Rechtskraft des ersten Urteils, im Falle der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur als "scheinbar"⁷⁾ ansehen will oder aber

6) Anders früher § 1309 Abs. II BGB. - Siehe unten Fussnote. 16

7) So BGHZ Bd.8 S.284 ff. Zu dieser Streitfrage rein prozeßrechtlicher Natur, auf die hier nicht weiter eingegangen werden kann, sei auf die zusammenfassenden Aus-

als zwar zunächst bestehend, dann aber durch das genannte Verfahren als mit rückwirkender Kraft beseitigt, was wir für richtiger halten. Auf jeden Fall aber ist es unrichtig anzunehmen, dass die Wirkungen dieser Verfahren nur ex nunc eintreten. Dies würde dem Charakter dieser Verfahren, die eingetretenen Wirkungen restlos zu beseitigen, zuwiderlaufen. Die Folge einer solchen Ansicht wäre auch grotesk genug: Der fragliche Ehegatte wäre in zunächst gültiger Ehe mit 2 Personen verheiratet ⁸⁾. Die Bemühungen der Literatur und Rechtsprechung, soweit ihnen das dargelegte Ergebnis als untragbar erscheint, richten sich daher auch nicht gegen die die Rechtskraft betreffen den Wirkungen dieser Verfahren, sondern gegen deren Zulässigkeit überhaupt ⁹⁾. Zur Begründung wird vor allem vorgetragen, dass die unbedingt erforderliche Rechtssicherheit auf einem so wesentlichen Gebiet und das öffentliche Interesse überhaupt eine derartige Wirkung nicht gestatte. Vor allem aber sei es unannehmbar, dass die staatliche Rechtsordnung auf diese Weise selbst bigamische Verhältnisse "schaffe" ¹⁰⁾. Ein Interesse "höherer

7) Fortsetzung...führungen von Rudolph in JR 1954 S.4 ff mit dort zu findenden vielseitigen Literaturhinweisen verwiesen. - Dieser Streit hat keine Bedeutung für das Wichtigkeits- und Wiederaufnahmeverfahren. In diesen Fällen erwächst das erste Urteil in echter Rechtskraft, die aber, haben die erwähnten Verfahren Erfolg, extunc beseitigt wird.

8) Siehe dazu OLG Hamm in SJZ 1949 S.552 ff (553)

9) Schnell in NJW 1947/1948 S.131 f, OLG Düsseldorf bei BGHZ Bd.8 S.284 ff. Vor allem aber Greffin-Moral S.43, deren Vorschlag einer "entsprechenden Anwendung" des § 77 EheG 46 für diese Fälle ein Beispiel dafür ist, wie gesetzliche Vorschriften nicht ausgelegt werden dürfen; denn bei der fraglichen Vorschrift handelt es sich nicht um eine allgemeine Rechtsgrundsätze widerspiegelnde Generalklausel, wie etwa die §§ 157, 242, 826 BGB, sondern um eine Allgemeinvorschrift zur Regelung ganz bestimmter Tatbestände: Nämlich der Beseitigung von Unrecht, wie es durch die nationalsozialistische Gesetzgebung oder Rechtsprechung auf dem Gebiet des Eherechtes geschaffen wurde. Eine auch nur "entspre-

Art" stehe also dem im Gesetz niedergelegten materiellen Recht entgegen.

Der Ansicht kann nicht gefolgt werden; denn das öffentliche Interesse an der Existenz und der Erhaltung der zweiten Ehe überwiegt in keiner Weise das gleichermassen öffentliche wie auch private Interesse des anderen Partners an einer sachlich richtigen Entscheidung, denen die beiden genannten Verfahren zu dienen haben. Es wäre auch nicht einzusehen, warum der Ehegatte erster Ehe aus einer ihm gebührenden Rechtsposition gedrängt werden soll, einzig weil der andere Partner das *fait accompli* einer zweiten Ehe dem entgegensetzen kann. Dies gilt insbesondere für das Nichtigkeits- bzw. Wiederaufnahmeverfahren, entsprechend aber auch für das Verfahren bei der Wiedereinsetzung ¹¹⁾.

Auch die Überlegung, der nunmehr in zweiter Ehe verheiratete Partner und dessen neuer Ehegatte müssten in ihrem Vertrauen auf die Gültigkeit des justiziellen Staatsaktes ¹²⁾, die Ehescheidung, geschützt werden, kann nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Denn das Vertrauen in einen solchen "Rechtsschein der Gültigkeit" kann die Wir-

9) Fortsetzung...chende Anwendung" dieser Vorschrift auf davon völlig unabhängige Tatbestände ist also ausgeschlossen.

10) Hoffmann-Stephan in Anm. 4 zu § 20 EheG 46.

11) BGHZ Bd.8 S.284 ff gegen OLG Düsseldorf. Auch das Reichsgericht hat in einer späten Entscheidung erklärt, dass die genannten Verfahren nicht etwa dann ausgeschlossen sind, wenn sie sich gegen ein rechtskräftiges Gestaltungsurteil richten, um die es sich sowohl bei einem Eheauflösungs- als auch Ehenichtigkeitsurteil (letzteres bestritten) handelt. (RGZ Bd.171 S.40 ff). - Siehe auch Beitzke § 9 II Ziff. 2a und Beitzke in SJZ 1949 S.553.

12) So Hoffmann-Stephan Anm.4 zu § 20 EheG 46.

kung ausdrücklicher gesetzlicher Möglichkeiten, wie diese prozessualen Verfahren, nicht beseitigen ¹³⁾.

Es muss daher daran festgehalten werden, dass ein nach Eintritt der formellen Rechtskraft durchgeführtes erfolgreiches Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmeverfahren die der Rechtskraft entspringenden Wirkungen des vorherigen, die Ehe auflösenden oder sie vernichtenden Urteils beseitigt und eine in der Zwischenzeit von einem der Partner eingegangene zweite Ehe nachträglich, aber mit Wirkung ex tunc bigamisch und damit vernichtbar werden

13) Es sind in diesem Zusammenhang drei Möglichkeiten zu unterscheiden

- a) Das Gesetz hat ein solches Vertrauen für schutzwürdig erklärt (z.B. § 932 BGB: Vertrauen in das Eigentum des Veräußerers).
- b) Das Gesetz hat ein solches Vertrauen ausdrücklich für nicht schutzwürdig erklärt (§ 935 BGB: Das Vertrauen des Erwerbers in das Eigentum des Veräußerers ist nicht schutzwürdig, wenn die Sache dem wahren Eigentümer abhanden gekommen ist).
- c) Das Gesetz hat sich nicht erklärt.
Nur in diesen Fällen kann ein Vertrauen in den Rechtsschein nach allgemeinen Grundsätzen möglicherweise im Einzelfall über a) hinaus berücksichtigt werden. (Man denke an die Judikatur des Reichsgerichts zu § 15 HGB.)

Unsere Frage kann nur b) unterfallen. Denn das allgemeine Vertrauen in die Gültigkeit eines formell rechtskräftigen Urteils wird gerade durch die Verfahren der §§ 579 ff ZPO eingeschränkt.

Für unseren Fall liegt auch der Vergleich zu den allgemeinen Verwaltungsakten nahe. Auch dort wird der Rechtsschein ihrer Gültigkeit ipso iure eingeschränkt durch die Möglichkeit, sie durch eine verwaltungsgerichtliche Klage zu beseitigen.

lässt. 14) 15) 16)

Im Falle der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Nachholung eines Rechtsmittels ist jedoch zu unterscheiden:

a) Hat das erste Urteil die Ehe für nichtig erklärt und hat das Rechtsmittel keinen Erfolg, so steht

14) Volkmar Anm. 3 zu § 8 und Anm. 2 zu § 24 EheG 38, Siebert-Vogel Anm. 2 zu § 20 EheG. 46, v. Godin Anm. 3 a.E. zu § 20 EheG 46, Palandt-Lauterbach Anm. 2 zu § 5 und Anm. 2 zu § 20 EheG 46, Rosenberg in DRZ 1949 S. 449. - a.A. Hoffmann-Stephan Anm. 4 zu § 20 EheG 46.

15) Es sei vergleichsweise auf die Rechtslage nach dem Code civil bei Rückkehr eines Verschollenen hingewiesen, nach der die, gesetzlich zunächst durchaus zulässig geschlossene, zweite Ehe des Zurückgebliebenen unzweifelhaft bigamisch und damit unheilbar vernichtbar wird. Bedenken gegen diese Folge, die den hier erörterten Tatbeständen des deutschen Rechtes entspricht, sind in der französischen und belgischen Rechtslehre unseres Wissens nicht laut geworden. Die von uns hier getroffene Entscheidung widerspricht an sich der Regelung des deutschen Rechts für den Fall, dass ein Partner für tot erklärt worden ist (siehe oben unter Ziff. 3.). Doch nur auf Grund der besonderen Vorschrift des § 38 Abs. II EheG 46 ist im Falle einer Todeserklärung die 1. Ehe spätestens mit dem Abschluss der 2. Ehe aufgelöst. Eine solche Sondervorschrift fehlt aber für die uns hier interessierenden Fälle. - Trotz objektiv gleicher Interessenlage müssen die Ergebnisse daher verschieden bleiben.

16) Die Verfasser des BzB hatten die Schwierigkeiten in diesen Fällen richtig erkannt und in § 1309 Abs. II ein aufschiebendes Ehehindernis geschaffen, das einem Ehemülligen, dessen vorherige Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt worden war, verbot, eine neue Ehe einzugehen, solange sein früherer Ehegatte die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage gegen das die 1. Ehe auflösende oder sie vernichtende Urteil betrieb. Nach dem Regierungsentwurf soll diese Vorschrift als § 1308 Abs. II wieder in das BGB aufgenommen werden; siehe bei Massfeller "Das neue Familienrecht" S. 51.

fest, dass die erste Ehe nie gültig bestanden hat. Die in der Zwischenzeit - vom Eintritt der formellen Rechtskraft des ersten Urteils bis zur Wiedereinsetzung - geschlossene zweite Ehe ist voll gültig, da feststeht, dass der Partner z.Zt. ihres Abschlusses nicht in gültiger Ehe gelebt hat, arg. § 20 EheG 46¹⁷⁾. Wird dagegen das erste Urteil im Rechtsmittelverfahren aufgehoben und die erste Ehe nicht vernichtet, so ist die zweite Ehe nach der von uns vertretenen Auffassung bigamisch, da der Partner zur Zeit ihres Abschlusses in gültiger Ehe lebte.

b) Hat das erste Urteil die frühere Ehe aber nur aufgelöst oder aufgehoben, so ist es für unsere Frage gleichgültig, welche Entscheidung die Rechtsmittelinstanz trifft. Denn da die formelle Rechtskraft des ersten Urteils nur scheinbar war, ist die erste Ehe, selbst wenn das erste Urteil bestätigt wird, erst nach Eintritt der formellen Rechtskraft des Urteils im Rechtsmittelverfahren aufgelöst oder aufgehoben. Der Partner, der in der Zwischenzeit eine zweite Ehe eingegangen ist, lebte daher bei ihrem Abschluss noch in gültiger Ehe. Die zweite Ehe ist dann vernichtbar, § 20 EheG 46.

- 3) Wurde einer der Ehepartner nach den Regeln des Verschollengesetzes für tot erklärt, so ist mit dieser Erklärung allein, die nur eine widerlegliche Rechtsvermutung darstellt, seine Ehe noch nicht aufgelöst. Doch ist es dem zurückgebliebenen Ehegatten gestattet, nach dieser Todeserklärung eine neue Ehe einzugehen. Mit Abschluss dieser zweiten Ehe ist dann die erste kraft Gesetzes aufgelöst (§ 38 Abs. II EheG 46). Sie lebt auch nicht wieder auf, wenn der Verschollene zurückkehrt; denn es ist gerade der Sinn dieser Vorschrift, das den Rechten des Code

17) Palandt-Lauterbach Anm. 3 zu § 20 EheG 46 und Anm. 2a zu § 5 EheG 46.-

Ist die erste Ehe also vernichtbar, so hat § 5 EheG 46 nur den Charakter eines vorbeugenden Ehehindernisses.

civil geläufige Ergebnis einer möglicherweise bigamischen Ehe zu vermeiden. Die Auflösung der Ehe kraft Gesetzes tritt jedoch nicht ein, wenn beide Ehegatten der neuen Ehe wussten, dass der Toterklärte den Augenblick der Todeserklärung überlebt hat. Letztere Wirkung tritt allerdings, trotz offenbar entgegenstehenden Gesetzeswortlautes, dann wiederum nicht ein, wenn beide Partner wussten, dass der Toterklärte die Todeserklärung zwar überlebt hat, dann aber doch noch vor der neuen Eheschliessung verstorben ist; denn in diesem Fall war die Ehe durch Tod ipso iure aufgelöst und stand einer zweiten Eheschliessung nicht mehr im Wege. Dagegen können sich die Ehegatten der neuen Ehe nicht darauf berufen, sie hätten zwar gewusst, der Toterklärte habe die Todeserklärung überlebt, seien aber dann der Meinung gewesen, er wäre in der Zwischenzeit und vor Abschluss der neuen Ehe gestorben.

- 4) Eine dem deutschen Recht bekannte "Nichtehe", deren Erscheinungsformen später noch näher untersucht werden sollen ¹⁸⁾, steht einer weiteren Eheschliessung, auch mit anderen Partnern, nicht im Wege: Als ein rechtliches "Nichts" bedarf sie weder einer gerichtlichen Feststellung noch Gestaltung.

Ebensowenig steht das Ehehindernis der Doppelehe einer Wiederholung der Eheschliessung zwischen den gleichen Partnern entgegen, falls diese Zweifel an der Gültigkeit ihrer vorhergehenden Eheschliessung haben ¹⁹⁾.

- 5) Die Wirkung einer festgestellten Doppelehe ist die un-

18) Siehe aber bereits oben § 7 II; im übrigen siehe unten § 19 II.

19) § 13 der 1. DVO z.EheG; AG Mannheim in StAZ 1952 S. 42, AG Essen in StAZ 1954 S. 14; Motte in StAZ S. 60, Peters in StAZ 1952 S. 52.

heilbare Vernichtbarkeit der zweiten, bigamischen Ehe. Dies gilt auch für den Fall, dass die erste Ehe nach Abschluss der zweiten Ehe aufgelöst wird, da die Auflösung keine rückwirkende Kraft besitzt und die zweite Ehe damit im Augenblick ihres Abschlusses, worauf allein abzustellen ist, bigamisch war.

Anders ist die Sachlage nur zu beurteilen, wenn die erste Ehe nachträglich vernichtet wird. Da die Wirkungen der Vernichtung einer Ehe auf den Zeitpunkt ihres Abschlusses zurückzubeziehen sind, hat, wie sich nachträglich herausstellt, eine gültige erste Ehe dem Abschluss der zweiten Ehe nicht entgegengestanden, § 20 EheG 46²⁰⁾. Auch nach deutschem Recht kann die Vernichtbarkeit der ersten Ehe im Nichtigkeitsverfahren gegen die zweite Ehe mit der Wirkung geltend gemacht werden, dass das laufende Verfahren auszusetzen ist, um zunächst das Verfahren gegen die erste Ehe einzuleiten und es bis zu seinem Abschluss durchzuführen, § 151 ZPO.

III Grundlegende Unterschiede hinsichtlich des Ehehindernisses der Doppelehe bestehen somit zwischen den übereinstimmenden französischen, belgischen und luxemburgischen Rechten und dem deutschen Recht nicht. Auf die bedeutsame Differenz, die uneingeschränkte Vernichtbarkeit einer zweiten Ehe bei Rückkehr eines Verschollenen, dessen frühere Ehe nach den Rechten des Code civil allein gültig ist, sei nochmals hingewiesen.

20) Siehe oben unter Ziff. 2 sowie Fussnote 17.

§ 12

Das Ehehindernis des Ehebruchs.

I

- 1) Art. 298 der ursprünglichen Fassung des Code civil verbot die Ehe zwischen einer Person, deren frühere Ehe wegen Ehebruchs geschieden wurde und ihrem Partner an diesem Ehebruch ¹⁾. Nach einer wechselvollen Geschichte in den Jahren 1884 bis 1904 wurde dieses Ehehindernis in Frankreich durch Gesetz vom 15. Dezember 1904 ersatzlos beseitigt.
- 2) In Belgien wurde die Vorschrift in der Folge ebenfalls beseitigt, doch besteht nach Art. 298 C.c. belge für die genannten Personen weiterhin eine dreijährige Wartefrist, gerechnet von der Rechtskraft des Scheidungsurteils, bevor sie die Ehe miteinander eingehen können. Voraussetzung ist, dass die Tatsache des Ehebruchs und die Person des Ehebruchspartners im Scheidungsurteil festgestellt und die Ehe aus diesem Grunde geschieden wurde. Das Ehehindernis dieser dreijährigen Wartefrist hat nur aufschiebenden Charakter; eine unter Zuwiderhandlung geschlossene Ehe zwischen diesen Personen ist unangreifbar ²⁾.

Die Wartefrist kann bereits im Scheidungsurteil aus schwerwiegenden Gründen durch das Gericht herabgesetzt werden, kann aber auch später noch auf Antrag durch

- 1) Das Ehehindernis betrifft also nur die genannten beiden am Ehebruch selbst beteiligten Personen. Einer Eheschliessung des geschiedenen Ehebrechers mit einer anderen Person steht dieses Hindernis nicht entgegen.
- 2) Paris vom 3. März 1897 in Sir. 1897.2.102 mit weiteren Nachweisen in der dortigen Anmerkung zu dieser Entscheidung.

dasselbe Gericht eingeschränkt werden, Art. 298 C.c. belge.

- 3) Im luxemburgischen Recht besteht dieses Ehehindernis in seinem vollen, ursprünglichen Umfange weiterhin fort. Es ist zwar nur aufschiebend ³⁾, doch kann in keinem Falle Befreiung erwirkt werden ⁴⁾. Seiner Ausgestaltung nach entspricht es, ebenso wie die Wartefrist gemäss Art. 298 C.c. belge, völlig der deutschen Regelung.

- II 1) Dem deutschen Recht ist das genannte Ehehindernis weiterhin geläufig. Über die Vorschriften der § 1312 BGB und § 9 EheG 38 fand es in § 6 EheG 46 Eingang. Vorausgesetzt wird, dass die frühere Ehe gerade wegen dieses Ehebruches geschieden wurde ⁵⁾ und der Ehebruchspartner namentlich aus dem Urteil ersichtlich ist, wenn auch die Aufnahme dieser Umstände in den Urteilstenor selbst nicht erforderlich ist ⁶⁾. Jedenfalls genügt es zum Beispiel nicht, wenn sich die Tatsache des Ehebruches und die Person des Partners nur aus einer durchgeführten Beweisaufnahme ergeben, ohne aber in das Urteil selbst aufgenommen worden zu sein. Doch beseitigen weder der Tod des früheren Ehegatten noch etwa dessen Wiederverheiratung dieses Ehehindernis.
- 2) Das Ehehindernis des Ehebruches ist nach deutschem Recht trennend, § 22 Abs. I EheG 46, doch ist Befreiung möglich, die auch generell erteilt werden soll, § 6 Abs. II EheG, und deren nachträgliche Erteilung zudem in der Lage ist, die an sich vernichtbare Ehe zu heilen (§ 22 Abs. II EheG 46).

- 3) Es erschiene unbefriedigend, wollten wir in dem uns hier

3) Bergmann, L 1 Anm. 1 S.17 unter Hinweis auf eine Auskunft des luxemburgischen Justizministers vom 5.10. 1954.

Die dort von Bergmann gewählte Formulierung ist jedoch irreführend. Denn der nur aufschiebende Charakter dieses Ehehindernisses ergibt sich zwingend aus dem System des Code civil: Nur solche Ehehindernisse können als trennend angesehen werden, die in den

nur begrenzt zur Verfügung stehenden Rahmen versuchen, alle Argumente, die gegen dieses Ehehindernis vorgebracht werden können, zu erwähnen, da diesem Bestreben bereits eine Schrift gewidmet wurde ⁷⁾ und zudem die Polemik gegen dieses Ehehindernis bereits vor über 400 Jahren mit Martin Luther begonnen hat ⁸⁾.

- 3) Fortsetzung Art.180 ff C.c. aufgeführt sind (siehe oben § 9 I unter Ziff. 2 a.E.). Unter diesen Vorschriften ist aber auch im luxemburgischen Code civil das Ehehindernis des Ehebruchs nicht zu finden. Die luxemburgischen Gerichte wenden also nur das Gesetz an, wenn sie das Ehehindernis des Ehebruchs als aufschiebend bezeichnen, während die Anmerkung von Bergmann den Eindruck erweckt, als würde das an sich trennende Ehehindernis des Ehebruchs von den luxemburgischen Gerichten contra legem als nur aufschiebend behandelt.
- 4) Art. 298 C.c. lux: "Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice."
- 5) RGZ Bd. 121 S. 28 f.
- 6) Palandt Anm. 2, v. Godin Anm. 4, Gerold Anm.3, Hoffmann-Stephan Anm. 38 jeweils zu § 6 EheG 46, Staudinger Anm. 2 e und RGRKomm. 8. Aufl. Anm. 4 je zu § 1312 BGB; RGZ Bd. 99 S. 80 f.
- 7) Erich V o g e l, "Das Ehehindernis des Ehebruchs, eine rechtsvergleichende Arbeit", Heidelberger Dissertation 1928. Siehe vor allem S. 188 ff.
- 8) Martin Luther "Vom ehelichen Leben", zitiert nach Vogel S.17: "Hie regnet's Narren über Narren; glaube du ihnen nichts, irre dich auch nicht, der Teufel reitet sie. Laster und Sünde soll man strafen, aber mit anderer Strafe, nicht mit Eheverbieten. Darum hindert kein Laster oder Sünde die Ehe ..."

Seinen früher in erster Linie strafenden Charakter hat dieses Ehehindernis allerdings weitaus verloren. Dies ergeben die Vorschriften der §§ 6 Abs. II Satz 2 EheG 46 und 6 der 1. DVO zum EheG 38 ⁹⁾., insbesondere § 6 Abs. II der 1. DVO ¹⁰⁾, wonach die Befreiung nur versagt werden soll, wenn schwerwiegende Gründe einer Befreiung entgegenstehen (§ 6 Abs. II EheG 46). Dies ist besonders dann anzunehmen, wenn die geplante Ehe höchstwahrscheinlich nicht von Bestand sein wird (§ 6 Abs. II der 1. DVO). Das Ehehindernis trägt also in dieser Form berechtigten sittlichen und sozialen Interessen Rechnung, indem es von Anfang an labile Ehe verhindern will. Bedenklich erscheint an dieser Lösung zunächst die Entscheidung der wesentlichen Frage durch die Justizverwaltung ¹¹⁾. Darüberhinaus aber kann das Ehehindernis auch in diesem Rahmen sehr leicht nur zu weiteren sittlichen und sozialen Komplikationen führen. Denn haben die Ehebruchspartner nicht die Absicht sich zu trennen, so werden sie, die schon vor einem Ehebruch nicht zurückgeschreckt sind, noch weniger davor zurückschrecken,

9) Diese Durchführungsverordnung, an sich zum EheG 38 ergangen, ist auch heute noch insoweit anzuwenden, als sie nicht national-sozialistische Tendenzen verfolgt, § 79 Satz 2 EheG 46. - Auch hier ist die deutsche Übersetzung ungenau und erst der fremdsprachige Text übergibt die Richtigkeit dieser Ansicht.

10) Dieser Absatz ist allerdings im Gebiet der britischen Zone durch die AVO vom 12.7.1948 (VOBl.f.d. br.Zone S. 210) aufgehoben.

11) Es handelt sich aber nicht um einen Gnadenakt. Eine Überprüfung der Entscheidung vor den Verwaltungsgerichten ist daher möglich. Doch bleibt der Ermessensspielraum des Landgerichtspräsidenten (§ 5 der 1. DVO) bestehen.

in wilder Ehe zu leben, falls ihnen eine Eheschliessung nicht erlaubt wird. Ein solches Ergebnis ist aber für die soziale Gemeinschaft zumindest ebenso unerwünscht wie die äusserst zweifelhafte Hoffnung, mit Hilfe dieses Ehehindernisses in ihrem Bestand von Anfang an gefährdete Ehen zu verhindern.

Diesen Argumenten kann hinzugefügt werden, dass, wie der Vergleich mit dem französischen und belgischen Recht gezeigt hat, man sich in diesen Ländern schon längst über das Verfehlte eines solchen Ehehindernisses klar geworden ist. Auf das belgische Recht, das für diese Fälle eine begrenzte Wartefrist statuiert hat, sei als eine mögliche und allen Interessen weitgehend gerecht werdende Lösung hingewiesen.

- 4) De lege ferenda ist daher die Beseitigung dieses Ehehindernisses dem deutschen Gesetzgeber dringend anzuraten, nicht zuletzt, da es durch die sehr weitgehende Praxis der Befreiung bereits so gut wie eliminiert ist ¹²⁾.

Da die Entwicklung des luxemburgischen Rechtes zeigt, dass der dortige Gesetzgeber nach einzigem Zögern regelmässig bereit ist, die Weiterbildung des französischen und belgischen Rechtes, soweit es sich bewährt, auch für das eigene Recht zu übernehmen, kann damit gerechnet werden, dass die Vorschrift in ihrer jetzigen Gestalt in Kürze auch dort beseitigt werden wird.

12) Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung soll dieses Ehehindernis dennoch bestehen bleiben (Massfeller "Das neue Familienrecht" S.52 § 1309). Der Bundesrat hat nicht widersprochen.

in wilder Ehe zu leben, falls ihnen eine Eheschliessung nicht erlaubt wird. Ein solches Ergebnis ist aber für die soziale Gemeinschaft zumindest ebenso unerwünscht wie die äusserst zweifelhafte Hoffnung, mit Hilfe dieses Ehehindernisses in ihrem Bestand von Anfang an gefährdete Ehen zu verhindern.

Diesen Argumenten kann hinzugefügt werden, dass, wie der Vergleich mit dem französischen und belgischen Recht gezeigt hat, man sich in diesen Ländern schon längst über das Verfehlte eines solchen Ehehindernisses klar geworden ist. Auf das belgische Recht, das für diese Fälle eine begrenzte Wartefrist statuiert hat, sei als eine mögliche und allen Interessen weitgehend gerecht werdende Lösung hingewiesen.

- 4) De lege ferenda ist daher die Beseitigung dieses Ehehindernisses dem deutschen Gesetzgeber dringend anzuraten, nicht zuletzt, da es durch die sehr weitgehende Praxis der Befreiung bereits so gut wie eliminiert ist ¹²⁾.

Da die Entwicklung des luxemburgischen Rechtes zeigt, dass der dortige Gesetzgeber nach einzigem Zögern regelmässig bereit ist, die Weiterbildung des französischen und belgischen Rechtes, soweit es sich bewährt, auch für das eigene Recht zu übernehmen, kann damit gerechnet werden, dass die Vorschrift in ihrer jetzigen Gestalt in Kürze auch dort beseitigt werden wird.

- 12) Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung soll dieses Ehehindernis dennoch bestehen bleiben (Massfeller "Das neue Familienrecht" S.52 § 1309). Der Bundesrat hat nicht widersprochen.

§ 13

Das Ehehindernis der Wartefrist von 10 Monaten bei
Wiederverheiratung einer Frau.

(Delai de viduité ¹⁾)

- I
- 1) Die Art. 228 und 296 C.c. (übereinstimmend) bestimmen, dass eine Frau erst 10 Monate (Frankreich: 300 Tage) nach Auflösung einer vorhergehenden Ehe eine neue Ehe schliessen kann. Der deutlich erkennbare Sinn dieser Vorschriften ist, Schwierigkeiten bei der Frage der Abstammung möglicherweise noch vor Auflösung der Ehe gezeugter, aber noch nicht geborener Abkömmlinge zu vermeiden; denn einerseits ist jedes bis zu 300 Tagen nach Auflösung der Ehe geborene Kind das eheliche Kind dieser ehemaligen Eheleute (Art. 315 C.c. gleichlautend), andererseits müsste es, sollte die Frau in der Zwischenzeit erneut geheiratet haben, auch als eheliches Kind dieser neuen Ehe angesehen werden (Art. 314 C.c. übereinstimmend). ²⁾
 - 2) Durch Gesetzesänderungen vom 9.2.1922 und 4.2.1928 wurde den Bestimmungen des französischen Rechtes jeweils ein zweiter Absatz hinzugefügt, nach denen, dem Sinne der Vorschrift entsprechend, die Frist beendet ist, wenn die Frau innerhalb der 300 Tage nach Auflösung der Ehe geboren hat.
In Belgien und Luxemburg wurde eine gleiche Gesetzesänderung nicht durchgeführt, doch gelangt die Lehre ³⁾ und Praxis in Belgien unter Hervorhebung des Sinnes der Vorschrift zu dem gleichen Ergebnis. Der Ansicht kann

1) Wörtlich "Ehehindernis des Witwenstandes", die Bezeichnung ist jedoch auch im Falle der Scheidung üblich.

2) Beachte aber auch Art. 313 Abs. II C.c.

3) De Page No. 616.

ohne Vorbehalt zugestimmt werden. In Luxemburg ist eine solche Auslegung dagegen nicht üblich, da eine Verordnung diese Möglichkeit einst bestimmt hatte, später aber wieder ausdrücklich aufgehoben worden ist.

- 3) Dem Wortlaut der Gesetzesbestimmungen dieser Länder nach ist das Ehehindernis auf Frauen, deren Ehe vernichtet wurde, nicht anzuwenden. Die tatsächliche und rechtliche Situation ist jedoch die gleiche. Einmal wird man in aller Regel davon ausgehen können, dass die "Ehegatten" der vernichteten Ehe in ehelicher Gemeinschaft miteinander gelebt haben, zum anderen aber bestimmen die Art. 201, 202 C.c. (gleichlautend), dass Abkömmlinge aus einer solchen "Ehe" noch bis zu 300 Tagen nach deren Vernichtung (Art. 201, 202 in Verbindung mit Art. 312 ff C.c.) eheliche Kinder dieser Personen sind, vorausgesetzt, dass wenigstens einer der Partner hinsichtlich der Gültigkeit der Eheschliessung gutgläubig war, was jedoch nur ganz ausnahmsweise nicht der Fall sein dürfte. Die Lehre ⁴⁾, soweit sie sich überhaupt mit dieser Frage beschäftigt, nimmt deshalb an, dass eine ausdehnende Auslegung der Vorschriften der Art. 228, 296 C.c. gestattet sei, um das Ehehindernis auch für solche Fälle anwenden zu können. Dieser Ansicht kann in diesem Fall zugestimmt werden. Zwar stehen einer ausdehnenden Auslegung von Ehehindernissen schwerwiegende grundsätzliche Bedenken entgegen, wie dies auch schon verschiedentlich ausgeführt wurde. Doch handelt es sich hier wegen der zeitlichen Begrenztheit dieses Ehehindernisses auf eine unbedeutende Zeitspanne nur um einen geringfügigen Eingriff in das grundsätzlich freie Recht zur Eheschliessung, wogegen das schwerwiegende Interesse an der rechtlichen Sicherheit der Abstammung gewahrt bleibt.
-

4) Rouast No. 114, Planiol-Ripert-Boulanger No. 825, De Page No. 616.

Wollen dagegen die gleichen Partner der vernichteten Ehe innerhalb der Wartefrist eine neue Ehe miteinander eingehen, so besteht für sie das Ehehindernis nicht. Das gleiche gilt von Ehegatten, die nur Zweifel an der Gültigkeit ihrer Eheschliessung haben und diese wiederholen wollen.

Eine ausdehnende Auslegung der gesetzlichen Vorschriften auch auf diese Fälle ist überflüssig ⁵⁾.

- 4) Ist eine, den Rechten des Code civil bekannte, Trennung von Tisch und Bett ausgesprochen worden (Art. 306 ff C.c.), so kann unter gewissen Voraussetzungen nach Ablauf einer dreijährigen Frist deren Umschreibung in eine Scheidung beantragt werden, ohne dass es eines neuen Verfahrens bedürfte, Art. 310 C.c. (übereinstimmend). Wird auf diese Weise die Scheidung ausgesprochen und damit die Ehe aufgelöst, so kann in Frankreich infolge der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 297 C.c. fr. (eingefügt durch Gesetz vom 13. Juli 1907) das Ehehindernis der 300 Tage-Frist für die Frau nicht angewandt werden. Da die früheren Ehegatten in diesem Fall bereits seit mindestens 3 Jahren getrennt leben, trägt diese Vorschrift nur den tatsächlichen Gegebenheiten Rechnung.

Belgien und Luxemburg haben bisher eine entsprechende Gesetzesänderung nicht vorgenommen. Doch gelangen Lehre und Praxis ⁶⁾ unter Hinweis auf den Zweck des Ehehindernisses und die Lösung in dem so sehr verwandten französischen Recht zu dem gleichen Ergebnis. Bedenken gegen diese Lösung können sich nicht ergeben, zumal es sich um eine Erleichterung der Eheschliessung handelt.

5) Siehe unten Ziff. 6.

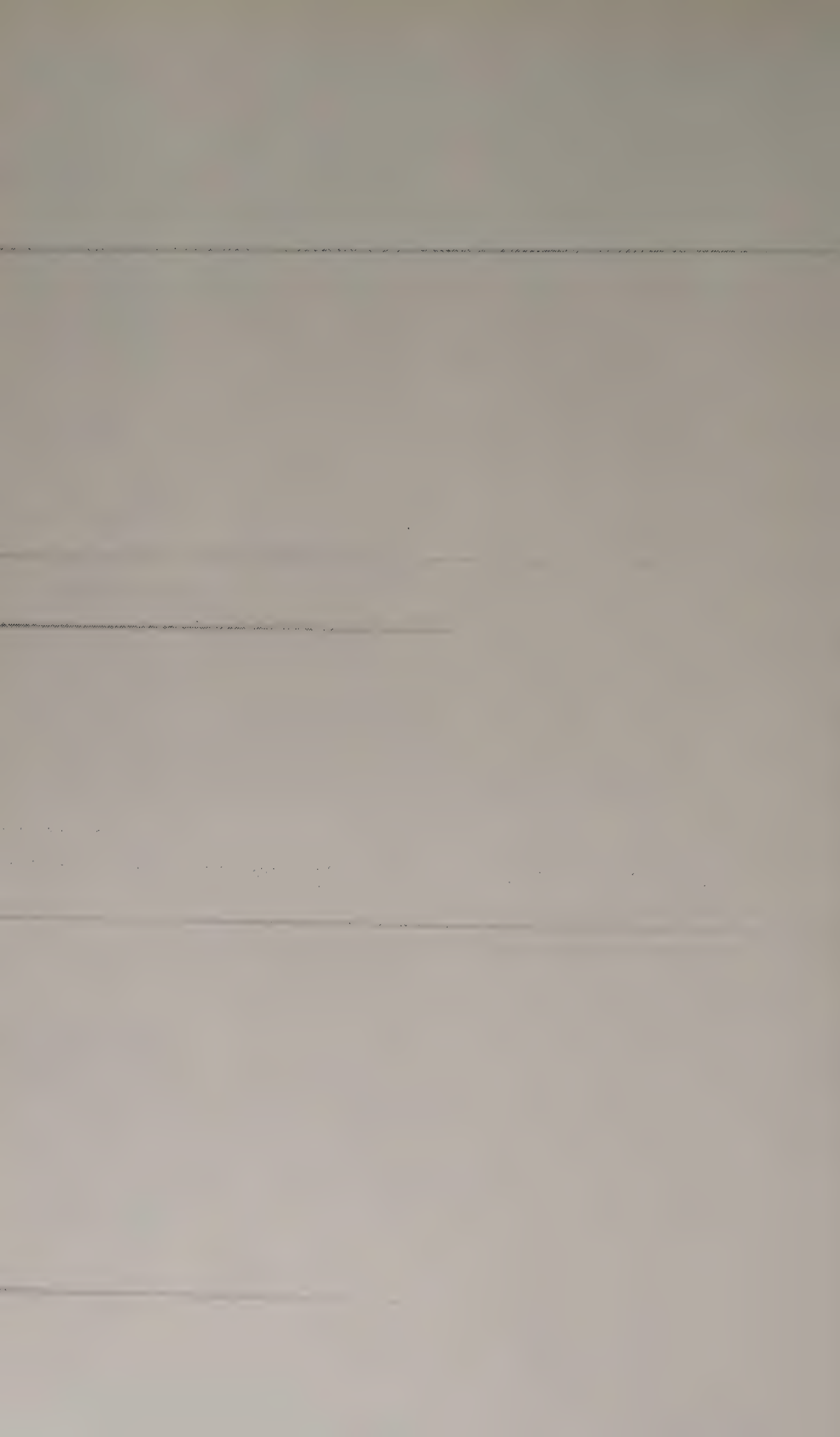
6) De Page No. 616.

- 5) Der Beginn der Frist ist nach den einzelnen Rechtsordnungen verschieden, allerdings bei Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes einheitlich der Todestag (Art. 228 C.c.). Nach französischem Recht ist bei Auflösung der Ehe durch Scheidung grundsätzlich der Tag der Registrierung des Urteils im Personenstandsregister massgebend (Art. 296 C.c. fr.). Doch besteht bereits während des Scheidungsverfahrens die Möglichkeit, dass den Ehegatten durch das Gericht die häusliche Trennung gestattet wird. Für diesen Fall beginnt die Frist mit dem Tag des genannten Beschlusses (Art. 296 i.V. m. Art. 236 C.c. fr.). Ausserdem kann der Präsident des Gerichtes 1. Instanz, in dessen Bezirk die neue Ehe geschlossen werden soll, die Frist herabsetzen oder völlig beseitigen, wenn sich unzweifelhaft aus den Umständen ergibt, dass ein Verkehr zwischen den früheren Ehegatten in der letzten Zeit ihrer Ehe nicht möglich war ⁷⁾ (Art. 228 Abs. III C.c. fr.). Obwohl sich diese Vorschrift nur auf den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes bezieht, muss sie gleichermassen auch bei einer Auflösung durch Scheidung angewandt werden.

Belgien und Luxemburg dagegen kennen Sondervorschriften dieser Art nicht. In diesen Ländern muss daher die Frist jeweils von der Rechtskraft des Scheidungsurteils gerechnet werden (Art. 228, 296 C.c. belge und C.c. lux.), ohne dass im Einzelfall eine Herabsetzung oder gar Beseitigung durch das Gericht möglich wäre.

- 6) Art. 295 Abs. I C.c. belge befreit geschiedene Ehegatten, die innerhalb dieser Wartefrist eine neue Ehe miteinander eingehen wollen, von dem Ehehindernis.

7) Colmar vom 17. Juni 1937 in D.H. 1937.401.



Frankreich und Luxemburg kennen eine solche Sondervorschrift nicht. Doch kann für diese Länder im Wege der Auslegung das gleiche Ergebnis gewonnen werden; denn ob nun die Frist eingehalten wird oder nicht, auf jeden Fall ist das innerhalb dieser Frist geborene Kind das eheliche Kind dieses ein und desselben Mannes.

- 7) Das Ehehindernis der 10-monatigen Wartefrist für die Frau hat übereinstimmend nach französischem, belgischem und luxemburgischem Recht nur aufschiebenden Charakter.

II

- 1) Das deutsche Recht kennt das Ehehindernis einer 10-monatigen Wartefrist für die Frau nach Auflösung oder Vernichtung⁸⁾ einer früheren Ehe ebenfalls (§ 8 EheG 46). Es verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. II GG, da es die Frau nicht ihres Geschlechtes wegen benachteiligt, sondern um eine turbatio sanguinis zu verhindern⁹⁾. Das Ehehindernis gilt auch im Falle der Toterklärung des Mannes, da eine solche die Rechtsvermutung der Auflösung der Ehe durch Tod zum Inhalt hat, die Frist ist jedoch nicht ab Rechtskraft der Todeserklärung sondern ab dem in der Todeserklärung genannten mutmasslichen Todeszeitpunkt zu berechnen.

- 2) In der Lehre wird darüberhinaus die Ansicht vertreten, dass das Ehehindernis auch dann bestehe, wenn dieselben Partner etwa nach Scheidung oder Vernichtung ihrer früheren Ehe erneut die Ehe miteinander eingehen wollen¹⁰⁾. Dagegen soll nach der gleichen Ansicht das Ehe-

8) Dieser Fall wird im deutschen Gesetz eigens erwähnt.

9) Beitzke § 9 II / 2 c.- Beachte aber auch § 1600 BGB, wonach im Falle einer turbatio sanguinis der Mann aus zweiter Ehe als der Vater gilt.

10) v. Godin Anm. 1, Palandt Anm. 2, Niesert-Lepsien Anm. 2, Gerold Anm. 6, Hoffmann-Stephan Anm. 3 je zu § 8 EheG 46; Volkmar Anm. 3 zu § 11 EheG 38; Staudinger Anm. 2 und RGRKomm. 8 Aufl. Anm. 4 je zu § 1313 BGB.

hindernis keine Bedeutung haben bei einer Wiederholung der Eheschliessung gemäss § 13 der 1.DVO zum EheG für den Fall, dass die Partner berechnigte Zweifel an der Gültigkeit ihrer früheren Eheschliessung haben. Dass letzterer Ansicht zu folgen ist, ergibt sich unmittelbar aus der genannten Vorschrift des § 13 der 1.DVO, da diese sonst jede Bedeutung verlieren würde; denn die 10-monatige Frist des § 8 EheG 46 kann erst nach Auflösung oder Vernichtung der früheren Ehe eingreifen, deren notwendige Durchführung aber durch diese Vorschrift gerade vermieden werden soll. Dagegen kann der erstgenannten Ansicht, dass die Frist des § 8 EheG 46 auch bei einer Wiederverheiratung derselben Ehegatten nach einer Auflösung oder Vernichtung ihrer früheren Ehe eingreifen soll, nicht gefolgt werden, so herrschend sie auch ist. Sinn dieses Ehehindernisses ist auch nach deutschem Recht, eine sogenannte turbatio sanguinis, eine Unsicherheit in der Frage der Abstammung möglicherweise innerhalb dieser Frist geborener Kinder zu vermeiden. Eine solche kann aber in diesen Fällen überhaupt nicht eintreten, da sowohl nach Auflösung als auch nach Vernichtung (§ 25 EheG 46) der Ehe die Ehegatten, d.h. also auch der Mann aus dieser früheren Ehe, noch 302 Tage (§ 1592 BGB) danach im Falle der Geburt eines Kindes dessen eheliche Eltern werden. Gleichgültig, ob nun die früheren Ehegatten erneut eine Ehe schliessen oder nicht, innerhalb dieser Frist wird der Mann auf jeden Fall ehelicher Vater eines Kindes dieser Frau; ob es nun aber sein eheliches Kind aus seiner ersten oder seiner zweiten Ehe mit der gleichen Frau ist, ist rechtlich völlig bedeutungslos.

Dem deutlich erkennbaren Sinn dieser Vorschrift, die vor allem keinen irgendwie gearteten Strafcharakter hat, kann daher entnommen werden, dass dieses Ehehindernis in diesem Falle nicht besteht.

Das Gesetz hat dies zwar, wie erwähnt, nicht besonders geregelt. Dafür hat es aber dieses Ehehindernis gemäss § 8 Abs. I EheG 46 für einen anderen Fall ausgeschlossen, in dem es offenbar überflüssig wird: Wenn nämlich die Frau innerhalb der Frist geboren hat. Es handelt sich also bei der hier vorgeschlagenen Auslegung nur um die Realisierung des mit dieser Vorschrift vom Gesetz selbst verfolgten Zweckes. Eine solche Auslegung ist um so mehr gestattet, als sie die Eheschliessung erleichtert.

- 3) Der Beginn der Wartefrist ist, mangels anderer Vorschriften, von der Rechtskraft des Auflösungs- oder Nichtigkeitsurteils abhängig und berechnet sich im übrigen nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 187, 188 BGB.
- 4) Vom Ehehindernis der Wartefrist kann gemäss § 8 Abs. II EheG 46 Befreiung bewilligt werden, die jedoch nur erfolgen soll, wenn unzweifelhaft nachgewiesen ist, dass die Frau nicht schwanger ist (§ 32 der 1. AVO zum PSTG vom 19.5.1938).
- 5) Das Ehehindernis hat auch nach deutschem Recht nur aufschiebenden, nicht trennenden Charakter.

III

Das Ehehindernis der Wartefrist für die Frau nach Auflösung oder Vernichtung ihrer früheren Ehe dient somit nach beiden Rechtssystemen dem gleichen Zweck, nämlich die Frage der Abstammung möglicherweise nachgeborener Kinder nicht zu verwirren.

In der Durchführung im einzelnen zeigen sich nur ganz geringfügige Differenzen, die auch nur von geringer praktischer, dagegen weder von systematischer noch von rechtspolitischer Bedeutung sind.

§ 14

Verschiedene Ehehindernisse, die sich nur in einzelnen der hier interessierenden Rechtsordnungen finden und sich daher einer vergleichenden Darstellung entziehen¹⁾.

I Das geltende französische Recht kennt ausser den genannten Ehehindernissen keine weiteren mehr²⁾.

II Belgien und Luxemburg kennen auch heute noch unter gewissen Voraussetzungen und nach Erfüllung einer Unzahl von Formerfordernissen, die Scheidung auf Grund gegenseitigen Einverständnisses, Art. 275 ff C.c.belge und C.c. lux.

Wurde eine Scheidung aus diesem Grunde ausgesprochen, so können beide Ehepartner erst nach Ablauf einer drei-

1) Das ebenfalls nur den Rechten des Code civil bekannte Ehehindernis des förmlichen Einspruchs (opposition) soll seiner bedeutenden Stellung wegen im folgenden § 15 gesondert geschildert und untersucht werden.

2) Historisch ist allerdings von Interesse, dass das französische Recht fast das gesamte 19. Jahrhundert hindurch die priesterlichen oder klösterlichen Gelübde katholischer Gläubiger als trennende Ehehindernisse im Hinblick auf eine später einzugehende bürgerliche Ehe ansah, obwohl der französische Code civil keine irgendwie einschlägige Vorschrift je aufweisen konnte. Auch die Rechtsprechung, so z.B. noch Cass.fr. vom 26. Febr. 1878 in Sir.1878.1.241, konnte keine materiell-rechtlichen Vorschriften auffindig machen und erging sich nur in allgemeiner Erwägungen. Erst die Entscheidung des französischen Kassationshofs vom 24. Jan. 1888 in Sir.1888.1.193 berücksichtigte die nur zu offensichtliche Erwägung, dass priesterliche Weihen für das bürgerliche Eheschliessungsrecht keinerlei Wirkungen entfallten können; nach bürgerlichem Recht also jeder Priester und jeder Ordensangehörige uneingeschränkt wie jede andere natürliche Person die bürgerliche Ehe eingehen kann.

Richtig führen Colin-Capitant-de la Morandière No.144 Ziff.2 in diesem Zusammenhang aus: "Wenn überhaupt

jährigen Frist eine neue Ehe eingehen, Art. 297 C.c. belge und C.c. lux.

Das Ehehindernis, das ganz offensichtlich das Ziel verfolgt, die Ehescheidung auf Grund gegenseitigen Einverständnisses möglichst einzuschränken, hat nur aufschiebenden, nicht trennenden Charakter, doch ist weder eine Befreiung von, noch eine Einschränkung der genannten Frist möglich.

Für das deutsche Recht ist dieses Ehehindernis ohne Interesse, da ihm eine Ehescheidung auf Grund eines gegenseitigen Einverständnisses unbekannt ist.

- III 1) a) Ebenso uninteressant ist für die Rechte des Code civil das Ehehindernis des § 39 Abs. II Satz 1 EheG 46; denn es wurde bereits dargelegt, dass nach den Rechten des Code civil der Ehegatte eines Verschollenen nach dessen Todeserklärung wohl eine neue Ehe eingehen kann, doch nach dessen Rückkehr automatisch in bigamischer Ehe lebt, da seine Ehe mit dem Zurückgekehrten weder durch die Todeserklärung noch durch eine zweite Ehe aufgelöst wurde. Die Ehe mit dem Zurückgekehrten besteht somit nach den Rechten des Code civil fort und ist allein gültig.
- b) Demgegenüber ist nach deutschem Recht die Ehe des Zurückgebliebenen mit dem für tot Erklärten im Augenblick des Eingehens einer zweiten Ehe aufgelöst. Doch kann der Zurückgebliebene, gestützt allein auf die Tatsache der Rückkehr des Verschollenen, die Auflösung seiner zweiten Ehe begehren (§ 39 Abs. I EheG). Wird die Ehe aus diesem Grunde aufgelöst, so kann der Zurückgebliebene nunmehr bei Lebzeiten des Zurückgekehrten nur mehr mit diesem eine neue Ehe eingehen.

- 2) Fortsetzung etwas in diesem Zusammenhang überraschen kann, so ist es die Tatsache, dass diese so offensichtliche Erkenntnis von der Rechtsprechung erst seit jener Entscheidung des französischen Kassationshofs vom 24. Jan. 1888 beherzigt wurde."

Einer Eheschliessung mit allen anderen Personen steht das Ehehindernis des § 39 Abs. II EheG 46 entgegen. Es handelt sich also um ein Ehehindernis, das in seiner umfassenden Wirkung nur mit dem Ehehindernis der Doppelhehe verglichen werden kann.

Sinn dieser Regelung ist, eine missbräuchliche Ausnutzung der Auflösungsmöglichkeit der zweiten Ehe durch den Zurückgebliebenen zu verhindern und sicherzustellen, dass eine solche Auflösung auch tatsächlich nur in der Absicht betrieben wird, die Ehe mit dem Zurückgekehrten "fortzusetzen" ³⁾. Dennoch geht dieses Ehehindernis in seinen praktischen Wirkungen weit über dies durchaus zu billigende Ziel hinaus. Hat beispielsweise der Zurückgekehrte seinem Partner versichert, nach Auflösung von dessen zweiter Ehe mit ihm erneut die Ehe eingehen zu wollen, folgt dann aber diesem Versprechen nicht, ⁴⁾ sondern geht die Ehe mit einer dritten Person ein, so stünde für den Zurückgebliebenen ohne dessen Verschulden und ohne missbräuchlich die Vorschrift des § 39 EheG. 46 ausgenützt zu haben, das genannte Ehehindernis jeder anderen Eheschliessung entgegen. Eine solche Folge wäre unvertretbar. Sie widerspräche nicht nur der Zielsetzung des Gesetzes, sondern auch der Vorschrift des Art. 2 Abs. I des Grundgesetzes: Denn auch der Gesetzgeber ist nicht in der Lage, ohne jede erkennbare sittliche - den Zurückgebliebenen trifft in diesem Fall keine "Schuld" an dieser tatsächlichen Entwicklung -

3) Da die frühere Ehe durch Abschluss der 2. Ehe aufgelöst ist, bedarf es natürlich einer neuerlichen Eheschliessung zwischen den früheren Gatten.

4) Der Zurückgekehrte ist "ledig" und, wie dies ausnahmslos gilt, in seinen Entschlüssen bis zur Abgabe der förmlichen Eheerklärung völlig frei.

oder sozialer Notwendigkeit, einer Person auf Lebenszeit die Eingehung einer neuen Ehe zu verwehren, da er generell die Eingehung einer weiteren Ehe nach Auflösung einer früheren Ehe gestattet.

Dem Zurückgebliebenen muss daher für den Fall, dass eine Eheschliessung mit dem Zurückgekehrten unmöglich ist, wozu allein schon dessen definitive Weigerung gerechnet werden muss, die Eingehung einer neuen Ehe trotz des an sich entgegenstehenden Wortlauts des § 39 Abs. II EheG 46 möglich sein ⁵⁾.

- c) Das genannte Ehehindernis hat nur aufschiebende Wirkung, obwohl § 39 Abs. II EheG 46 die Formulierung "kann nicht" gebraucht, die das Gesetz sonst nur bei trennenden Ehehindernissen verwendet. Eine auf Verletzung dieses Ehehindernisses gegründete Nichtigkeitsklage ist jedoch in dem §§ 17 ff EheG 46 nicht vorgesehen; da aber § 16 EheG 46 die Folge der Vernichtbarkeit ausdrücklich auf die in dem § 17 ff EheG 46 genannten Fälle beschränkt, kann es sich hier nur um ein aufschiebendes Ehehindernis handeln.
- d) Befreiung von dem Ehehindernis des § 39 Abs. II Satz 1 EheG 46 kann nicht erteilt werden.

- 2) Das Ehehindernis des § 9 EheG 46, das die vermögensrechtliche Auseinandersetzung bei Wiederverheiratung von Inhabern der elterlichen Gewalt und sonstigen Vermögenssorgeberechtigten vorsieht, hat nur den Charakter einer vorsorgenden Ordnungsvorschrift, sodass es nicht eingehender dargelegt werden soll. Es hat zudem nur aufschiebenden, nicht trennenden Charakter.

5) Gerold Anm. 13, Huth Anm. 5 je zu § 39 EheG 46, Volkmar Anm. 3, v. Scanzoni Anm. 7-9 je zu § 44 EheG 38.aA: v. Godin Anm. 5 und Hoffmann-Stephan Anm. 5 A zu § 39 EheG 46.

§ 15

Das Ehehindernis des förmlichen Einspruchs.

(opposition)

Abgesehen von dem formlosen Hinweis auf bestehende Ehehindernisse, von dem noch die Rede sein wird, und von diesem streng zu unterscheiden, kennen das französische, belgische und luxemburgische Eheschliessungsrecht den förmlichen Einspruch gegen eine beabsichtigte Eheschliessung mit der Wirkung, dass diese zunächst unmöglich wird. Der förmliche Einspruch hat also die Wirkung eines Ehehindernisses aus sich heraus, kann aber auf die Dauer nur von Erfolg sein, wenn er sich zu Recht auf ein gesetzliches Ehehindernis, gleich ob trennenden oder aufschiebenden Charakters, zu stützen vermag.

Das immer wieder lebhaft umstrittene Rechtsinstitut war im vornapoleonischen Ancien Droit in einem ausserordentlich weiten Rahmen ausgebildet worden und diente vornehmlich den Interessen der Eltern und Familien, indem es ihnen unliebsame Eheschliessungen von Abkömmlingen zwar nur, wenn ein gesetzliches Ehehindernis vorlag, auf die Dauer verhinderte, diese Eheschliessung aber auf jeden Fall erheblich erschwerte und verzögerte. Dieser weite Rahmen öffnete einer schikanösen Anwendung Tür und Tor und wurde deshalb mit ein wesentlicher Anlass, weshalb in der französischen Revolution von 1789 so einmütig die Säkularisierung des Eherechtes gefordert wurde.

Dennoch fand dieses Institut, allerdings erheblich eingeschränkt, in das Eheschliessungsrecht des Code civil in den Artikeln 172 ff. Eingang.

- I A 1) Berechtigt zur Einlegung des förmlichen Einspruches ist in erster Linie der Ehegatte eines der Ehemilligen Art. 172 C.c.(gleichlautend), unter Berücksichtigung der Tatsache, dass in einem solchen Fall das schwerste aller Ehehindernisse, das der Doppelehe, in Frage steht. Nicht berechtigt dagegen ist ein früherer Ehegatte, etwa zur Geltendmachung der in Art. 228,296 C.c. für die Frau oder der nur dem belgischen und luxemburgischen Recht nach Art. 297 C.c.belge und lux.sowie Art. 298 C.c. belge für beide Teile geltenden Wartefristen ¹⁾, ebensowenig wie etwa zur Geltendmachung des noch dem luxemburgischen Recht bekannten Ehehindernisses des Ehebruchs nach Art. 298 C.c. lux.²⁾.
- 2) Im übrigen aber hat dieses Rechtsinstitut seinen Charakter gewahrt, Familienbelange zu berücksichtigen, da ausser der Ehefrau nur die nächsten Verwandten der Eheschliessenden zur Geltendmachung berechtigt sind. Man kann es daher auch fast als einen Rest der elterlichen Gewalt ansehen, der über die Mündigkeit des Abkömmlings hinaus fort dauert ³⁾, jedoch immer innerhalb der Familie bleibt und nicht etwa zugleich mit dem gesetzlichen Vertretungsrecht auf den Vormund übergeht ⁴⁾. Für das französische Recht kann diese Überlegung allerdings nur mehr in höchst eingeschränktem Masse gelten, wie wir im einzelnen noch darlegen werden.

So sind auch in erster Linie die ehelichen Eltern der Ehemilligen zur Erhebung des Einspruchs berechtigt und zwar nach französischem und belgischem Recht jeder Elternteil für sich, nach luxemburgischem Recht, das die Prärogativen des Vaters noch nicht völlig beseitigt hat, die Mutter nur, wenn der Vater nicht mehr lebt oder nicht in der Lage ist, Einspruch zu erheben.

1) Siehe im Vorgehenden unter §§ 11,12 und 13.

2) Cass.fr. vom 14.April 1902 in Sir.1903,1.121.,Lyon vom 3. Juli 1890 in Sir.1891.2.246; Paris vom 14.

Welches Alter der ehewillige Abkömmling erreicht hat, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung.

Berechtigt sind weiter auch die Eltern unehelicher Kinder, soweit sie diese anerkannt haben oder ein diesem Anerkenntnis gleichstehendes rechtskräftiges Urteil ergangen ist ⁵⁾.

Gleichermassen sind der oder die Adoptierenden nach französischem und belgischem Recht zur Erhebung des Einspruchs berechtigt. Das Recht steht in diesem Fall in Frankreich und Belgien den natürlichen Eltern nicht zu ⁶⁾, arg. Art. 352 C.c. fr., Art. 348 C.c. belge, wohl aber in Luxemburg.

- 3) Leben die Eltern nicht mehr oder ist keiner der Eltern mehr in der Lage, seinen Willen zu erklären, so treten an deren Stelle die Grosseltern, wobei wiederum jeder Grosselternteil für sich allein zur Erhebung des Einspruchs berechtigt ist; nach deren Wegfall treten an ihrer Stelle möglicherweise noch lebende Urgrosseltern.

2) Fortsetzung März 1900 in Sir.1900.2.112. -Rouast No.169, Beudant No.589, De Page No. 637ter. - a. a.Amiens vom 16.Febr.1897 in D.P.1897.2.492.

3) arg.Art. 1 des französischen Gesetzes vom 24. Juli 1889 und 17. Juli 1927, das mit dem Entzug der elterlichen Gewalt auch das Recht, Einspruch zu erheben, fortfallen lässt.

4) Zu beachten ist hier die Analogie zur elterlichen Einwilligung in die Eheschliessung, siehe oben § 5.

5) De Page No. 637 bis, Rouast No.166.

6) Anderer Ansicht Rouast No.166, jedoch aufgrund eines offenbaren Fehlers, da seiner Ansicht nach, in Widerspruch zu der zweifelsfreien Regelung des oben No.3 genannten Gesetzes, das Recht zum Einspruch unabhängig von der elterlichen Gewalt den Eltern auf jeden Fall zustehe und somit kein Teil der elterlichen Gewalt sei. Richtig: Rouen vom 31.März 1926 in Gaz.Pal.1926.II.175.

Das Recht steht jedoch Grosseltern und Urgrosseltern von unehelichen, wenn auch anerkannten Kindern, nicht zu, da diese Kinder rechtlich nur mit ihren Eltern verwandt sind. Das gleiche gilt von Eltern und Grosseltern von Adoptierenden, da durch die Adoption mit jenen ebenfalls ein quasi Verwandtschaftsverhältnis nicht begründet wird. Leben der oder die Adoptierenden nicht mehr oder sind sie nicht in der Lage, ihren Willen zu erklären,⁷⁾ so fällt das Einspruchsrecht auf die natürlichen Eltern des Adoptierten oder deren möglicherweise noch lebende Voreltern zurück, arg. Art. 352 Abs. III C.c. fr., Art. 348 Abs. III C.c. belge.

- 4) Leben keine der hier genannten Personen mehr oder sind sie nicht in der Lage, ihren Willen zu erklären, so geht das Recht, jedoch in einem erheblich eingeschränkten Umfange, gleichermassen auf Onkel, Tanten, Geschwister und Geschwisterkinder (cousins germains) über, Art. 174 C.c. (gleichlautend). Diese Personen können ihren Einspruch jedoch einzig auf die beiden Behauptungen stützen, der Familienrat habe dem - minderjährigen ! - Ehemülligen die Einwilligung zur Eheschliessung nicht erteilt oder der ehewillige Verwandte sei geisteskrank.
- 5) Ein Vormund oder Pfleger ist ebenfalls nur in den beiden eben genannten Fällen zur Erhebung des Einspruchs berechtigt, jedoch nur nach Wegfall aller Aszendenten und nur mit Einwilligung des Familienrates, Art. 175 C.c. (gleichlautend).
- 6) Abgesehen von den hier aufgeführten Personen sind nach dem Gesetz keine weiteren zur Erhebung des förmlichen Einspruchs berechtigt. Doch war von jeher umstritten, ob nicht auch dem Staatsanwalt das gleiche Recht für diejenigen Ehehindernisse eingeräumt werden müsse, deren Nichtbeachtung zur absoluten Vernichtbarkeit der Ehe führen und damit auch den Staatsanwalt berechtigen

würden, gegen sie die Nichtigkeitsklage anzustrengen⁸⁾. Wenn man hinzufügt, dass es tatsächlich vernünftiger erscheint, eine Ehschliessung eher zu verhindern, als sie später zu vernichten, so erscheint diese Ansicht zunächst durchaus berechtigt. Doch wurde dagegen mit Recht vorgebracht, dass die Vorschriften über den Einspruch den Regeln der Art. 180 ff C.c. über die Vernichtbarkeit weder ähnlich sind, noch gar, zumindest ihrer historischen Bedeutung nach, den gleichen Zweck wie diese verfolgen. Vor allem aber können diese Vorschriften schon wegen ihrer kasuistischen Normierung nicht ausdehnend ausgelegt werden⁹⁾. Letztlich handelt es sich um ein echtes Ehehindernis, das grundsätzlich nicht in einem weiteren Umfange angewandt werden darf, als sich unzweifelhaft aus dem Gesetz ergibt.

Der Streitfrage kommt aber nur sehr geringe praktische Bedeutung zu, da nach den Rechten dieser Länder der Standesbeamte der Staatsanwaltschaft gegenüber weisungsgebunden ist. Der Staatsanwalt bedarf somit in praxi des förmlichen Einspruches nicht, eine Anordnung an den Standesbeamten genügt.

Dennoch hat die Rechtsprechung ständig das förmliche Einspruchsrecht des Staatsanwalts angenommen¹⁰⁾ und ihre Ansicht auf Art. 46 des Gesetzes vom 20.4.1810 (über die Ordnung des Gerichtsanzwesens) gestützt.

7) Zu den einzelnen Möglichkeiten siehe oben unter § 6 I A.

8) Demolombe Bd. III No. 151, Beudant No. 594 Ziff.5 Jossierand No. 761, Rouast No.174, De Page No.637, Aubry-Rau-Esmein § 454 Text und Fussnote 27, Colin-Capitant- de la Morandière No. 204 Planiol-Ripert-Boulanger No. 947, Bonnecase No. 425.

9) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade No.1647.

- B
- 1) Der Einspruch ist förmlich als Protokoll von dem zuständigen Beamten (Gerichtsvollzieher) aufzunehmen, von diesem und dem oder den Einsprechenden zu unterzeichnen und bedarf ausser der Registrierung der förmlichen Zustimmung. Er hat vor allem den Namen des oder der Einsprechenden zu nennen sowie seine familiäre Stellung zu einem der Ehemülligen, d.h. sein gesetzliches Recht zur Erhebung des Einspruches.
 - 2) Ausserdem hat der Einspruch nach französischem Recht nach einer Gesetzesänderung vom 8.4.1927 in jedem Fall auch den Grund des Einspruches anzugeben, d.h. das gesetzliche Ehemündernis, auf das er gestützt wird, Art.176 C.c. fr. 11).

Nach belgischem und luxemburgischem Recht bedarf es dessen im Falle des Einspruches von Aszendenten nicht, Art. 176 C.c. belge und C.c. lux., was gleichermassen wie

- 10) Cass.frl. vom 2.Dez. 1851 in Sir.1852.1.54.; Cass. fr. vom 21. Mai 1856 in Sir.1857.1.111; Cass.fr.vom 28.Nov. 1877 in Sir.1878.1.337; Grenoble vom 11.Jan 1889 in D.P. 1890.2.193; Cass.belge vom 2.März 1932 in Pas.belge 1932.I.243. - Amtliche luxemburgische Textausgabe in Anmerkung zu Art. 172 ff C.c. lux. Infolge dieser ständigen Rechtsprechung beschränkt sich die Literatur auch im allgemeinen darauf, das Ergebnis unter Nennung der von der Rechtsprechung verwandten Argumentation anzuführen. Das förmliche Einspruchsrecht des Staatsanwalts gegen eine Eheschliessung wurde auch in den Vorschlägen der französischen Kommission zur Reform des Code civil (Travaux a.a.O.S. 531 ff, vor allem Seite 537) ausdrücklich bestätigt.
- 11) Unrichtig daher die Entscheidung Douai vom 27.August 1943 in Gaz.Pal.1943. II.212, die ausführt: "...l'article 176 C.c. ayant maintenu aux ascendants le droit de faire opposition au mariage de leurs enfants, même pour simples convenances personnelles." Richtig dagegen Poitiers vom 29.Juni 1927 in Sir.1927 2.149

der diesen Ländern ebenfalls noch bekannte acte respectueux ¹²⁾ zeigt, wie stark doch noch immer die Familieninteressen im Hinblick auf die beabsichtigte Eheschliessung berücksichtigt werden, verbunden mit dem Ziel des Gesetzes, die elterliche Autorität auch über die Volljährigkeit hinaus rechtlich zu wahren. Diese Regelung in Belgien und Luxemburg öffnet nun tatsächlich, worauf bereits in der Lehre verschiedentlich hingewiesen wurde ¹³⁾, einer gelegentlich als missbräuchlich erachteten weitgehenden Ausnutzung dieser Rechtsposition alle Möglichkeiten. Aus diesem Grunde verlangt nunmehr auch das französische Recht in jedem Fall die Angabe des Grundes.

Es wird jedoch bei einer Wertung dieser gesetzlichen Folge in Belgien und Luxemburg regelmässig übersehen, dass die belgischen und luxemburgischen Gesetze ein solches Handeln überhaupt nicht als missbräuchlich erachten, sondern den Aszendenten ganz ausdrücklich dieses Recht in so weitgehendem Masse einräumen mit dem Hintergedanken, den ehewilligen Abkömmlingen zu einer nochmaligen Überprüfung seines Entschlusses anzuregen. Wie schon oben bei Darlegung der elterlichen Einwilligung zur Eheschliessung betont wurde, wird in diesen Ländern die Wahrung vornehmlich der elterlichen Autorität höher erachtet, als die unbeschränkte Freiheit der Eheschliessung. Es ergibt sich dies unmittelbar aus den genannten gesetzlichen Bestimmungen.

Es ist also unrichtig, das Recht zur Erhebung des förmlichen Einspruches nur unter dem Gesichtspunkt seiner späteren Aufrechterhaltung zu werten; denn der Einspruch

12) Siehe oben § 6.

13) Übersicht bei Keller "Das Einspruchsrecht im französischen, schweizerischen und deutschen Recht S.41 ff. Seine Formulierung vom "Krebsschaden" des französischen Einspruchsrechts (a.a.O.S.42) erscheint uns nicht nur in diesem Zusammenhang, sondern ganz allgemein im Hinblick auf die Achtung vor der fremden

ist in diesen Ländern auch ohne Nennung eines Grundes, gestützt also vielleicht nur auf Erwägungen familiärer oder gesellschaftlicher Art, auf jeden Fall zulässig. Allerdings kann er nur gestützt auf ein gesetzliches Ehehindernis auf die Dauer aufrechterhalten bleiben.

In Frankreich hat man durch die genannte Gesetzesänderung aus dem Jahre 1927, welche auf jeden Fall die Angabe des Ehehindernisses verlangt, auf den der Einspruch gestützt werden soll, versucht, die Fülle der unhaltbaren Einsprüche einzudämmen. Man ist dabei einen Mittelweg gegangen, sodass zwar auch heute fast ausnahmslos nur die Familienangehörigen zur Erhebung des Einspruchs berechtigt sind, wodurch die familiären Belange weiterhin betont werden sollten, während andererseits der Einspruch auf seinen eigentlichen Hintergrund, die gesetzlichen Ehehindernisse, zurückgeführt wurde.

- 3) Die Wirkung eines den gesetzlichen Erfordernissen entsprechenden Einspruches ergibt sich aus Art. 68 C.c. (gleichlautend) : Bis zu seiner Beseitigung kann eine Eheschliessung nicht erfolgen.

- C
- 1) Beseitigt werden kann der förmliche Einspruch einmal durch den Verzicht des Einsprechenden, der mündlich zu Protokoll des Standesbeamten oder in Form einer notariellen Urkunde erklärt werden muss.
 - 2) Der Hauptfall jedoch ist die gerichtliche Beseitigung des Einspruchs (*mainlevée judiciaire*). Das Verfahren kann von den künftigen Ehegatten, von denen jeder für sich das Recht hat, gleichgültig ob sich der Einspruch gegen ihn oder gegen seinen Partner richtet, eingeleitet werden. Gegner im Rechtsstreit ist der Einsprechen-

-
- 13) Fortsetzung Rechtsordnung als zu weitgehend. Im übrigen hat Keller übersehen, dass der französische Gesetzgeber bereits einige Monate vor Erscheinen seiner Schrift die von ihm so heftig bekämpfte gesetzliche Wirkung beseitigt hatte.

de. Auch minderjährige Ehewillige haben die Möglichkeit, das Verfahren zu betreiben, bedürfen also nicht der Vertretung durch ihren gesetzlichen Vertreter.

Das Gericht hat, wie bereits mehrfach erwähnt, nur gesetzliche Ehehindernisse zu berücksichtigen. Lassen sich solche im Einzelfalle nicht nachweisen, so ist der Einspruch als unbegründet abzuweisen, und der Standesbeamte anzuweisen, die Eheschliessung nunmehr vorzunehmen. Liegt schon ein Mangel in den Voraussetzungen vor, etwa weil ein dem Gesetz nach überhaupt nicht Berechtigter den Einspruch erhoben hat, so ist ohne Sachprüfung durch Prozessurteil zu entscheiden ¹⁴⁾.

- 3) Wurde der Einspruch eines Aszendenten durch Urteil rechtskräftig beseitigt, so ist ein neuerlicher Einspruch nach französischem Recht (Art. 173 Abs. II C.c.fr.) keinem Aszendenten mehr möglich, mag er nunmehr auch auf andere Gründe gestützt sein. Dies gilt auch, wenn der Einspruch durch Prozessurteil beseitigt wurde.

Belgien und Luxemburg kennen eine solche Vorschrift nicht; dort besteht also im Einzelfall nur die Möglichkeit, einer erkennbaren, wenn auch denkbaren Wiederholung des Einspruchs gegebenenfalls mit dem Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache zu begegnen ¹⁵⁾.

Hinsichtlich der anderen zum Einspruch Berechtigten erübrigt sich eine solche Bestimmung, wie sie das französische Recht geschaffen hat, da diese immer nur aus einzelnen Gründen zum förmlichen Einspruch berechtigt sind

14) Eine solche Beseitigung des förmlichen Einspruchs ohne Sachprüfung nimmt aber dem Standesbeamten nicht die Möglichkeit, ein ihm auf diese Weise gewissermassen formlos bekannt gewordenes Ehehindernis zu beachten. Doch liegt dies nunmehr innerhalb eines Prüfungsbereichs.

15) De Page No. 645.

und einem neuerlichen Einspruch ihrerseits der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegenstehen würde.

- 4) Der Standesbeamte selbst, vor dem die Ehe geschlossen werden soll, ist zu einer eigenen sachlichen Prüfung des Einspruchs nicht berechtigt. Der formelle Einspruch als solcher bildet für ihn bis zu dessen Beseitigung ein Verbot, die Ehe zu schliessen (Art. 68 C.c.).

Lebhaft umstritten ist dagegen die Frage, ob er offensichtliche Formfehler, wie etwa das Fehlen einer Unterschrift oder gar die Einlegung des Einspruchs in einem gewöhnlichen Brief, berücksichtigen kann, zumal Art. 176 C.c. (übereinstimmend) den Einspruch für diesen Fall ausdrücklich als nichtig (nul) bezeichnet, oder ob er dennoch die förmliche gerichtliche Beseitigung des Einspruchs abwarten muss.

Das vornapoleonische Recht, aus dem das Institut des förmlichen Einspruchs übernommen worden ist, verbot dem Priester in jedem Fall, in dem ein solcher Einspruch eingelegt wurde, gleichgültig auch wie stark gegebenenfalls die Form verletzt war, den Abschluss der geplanten Ehe vor einer gerichtlichen Beseitigung ¹⁶⁾. Dagegen bestimmte das Gesetz vom 20.9.1792, in dem erstmals die Säkularisierung der Eheschliessung niedergelegt war, in Titel IV Sektion III Art. 9, dass jeder förmliche Einspruch, dessen Formerfordernisse nicht erfüllt sind oder der von einem unberechtigten Dritten erhoben wurde, den Standesbeamten nicht hindere, die Eheschliessung vorzunehmen. Leider wurde eine entsprechende Vorschrift in den Code civil nicht aufgenommen; Art. 68 C.c. spricht nur von einem Einspruch, ohne auf dessen möglicherweise offensichtliche Ungültigkeit Bezug zu nehmen.

16) Pothier Bd. I No. 82.

Die ältere Literatur ¹⁷⁾ vertrat dann auch überwiegend die Ansicht, jeder einmal erhobene Einspruch, auch wenn er offensichtlich formwidrig sei, zwingt den Standesbeamten, die Eheschliessung bis zur gerichtlichen Beseitigung auszusetzen.

In neuerer Zeit wurde jedoch mit Recht auf zweierlei hingewiesen:

Einmal bezeichnet das Gesetz in Art. 176 C.c. einen formwidrigen Einspruch als "nichtig". Ein solcher kann daher auch nach den allgemeinen Regeln über die Nichtigkeit keinerlei Rechtswirkungen entfalten. Mangels eines rechtlich relevanten Einspruchs muss daher die normale Wirkung des Art. 68 C.c., das Verbot der Eheschliessung entfallen ¹⁸⁾.

Zum anderen wurde mit Recht erkannt, dass die Vorschriften des Art. 176 C.c. in ihrer Verbindung mit dem Art. 172 ff C.c. der Einschränkung des Einspruchs überhaupt dienen. Billigt man dennoch jedem erkennbar ungültigen Einspruch die Wirkung des Art. 68 C.c. zu, so würde letzten Endes jeder auch noch so wenig vom Gesetz vorgesehene Einspruch die Eheschliessung verzögern und nur zu dem rein prozessualen Ergebnis führen, dass der Einspruch als "unzulässig" und nicht als "unbegründet" zurückzuweisen wäre. Ein solches Ergebnis würde nun aber tatsächlich das Ziel des Gesetzes in sein Gegenteil verkehren ¹⁹⁾.

17) Demolombe Bd. III No. 140 B und No. 163 mit der dort weiter angegebenen Literatur.

18) De Page No. 640, Planiol-Ripert-Boulanger No. 959.

19) Colin-Capitant-de la Morandière No. 196 Bonnecase No. 425, Rouast No. 184, Fuzier-Herman No. 1-4 zu Art. 68 und No. 2-4 zu Art. 176 C.c., Aubry-Rau-Esmein § 456.

Diese Überlegung gilt in besonderem Masse für das französische Recht; demhier hat der Gesetzgeber mit seiner Novelle aus dem Jahre 1927 klar zum Ausdruck gebracht, dass überflüssige Einsprüche zu vermeiden sind. Das bisher freie Recht der Familie, die Eheschliessung auf diese Weise zu verzögern, wurde

Beide Ansichten sind berechtigt und führen zu dem Ergebnis, dass der Standesbeamte von einem offensichtlich formwidrigen Einspruch keine Notiz zu nehmen braucht und die Ehe schliessen kann. Mit Recht wird sogar darauf hingewiesen, dass der Standesbeamte in einem solchen Falle sogar verpflichtet ist, die Eheschliessung vorzunehmen, widrigenfalls er möglicherweise Schadenersatzansprüche gegen sich gelten lassen muss. Bei letzterer Überlegung ist jedoch ein weiterer Masstab anzulegen, da dem Standesbeamten nicht zugemutet werden kann, möglicherweise schwierige Formfragen zu klären; nur dort, wo die Nichtigkeit eines solchen Einspruchs ganz offensichtlich ist, kann im Einzelfall ein solcher Schadenersatzanspruch angenommen werden.

Diese Ausführungen betreffen jedoch nur, darauf sei nochmals hingewiesen, die nach Art. 176 C.c. geforderte Form des Einspruchs. Zu eigenen sachlichen Erwägungen ist der Standesbeamte in keinem Falle berechtigt, mag der Einspruch insofern erkennbar aussichtslos, ja sogar als solcher unzulässig sein ²⁰⁾.

19) Fortsetzung zugunsten einer objektiven Kenntlichmachung von tatsächlichen gesetzlichen Ehehindernissen beschränkt.

20) Aubry-Rau-Esmein Bd. VII § 456 fassen den Problemkreis sehr anschaulich mit folgenden Ausführungen zusammen:

" L'officier de l'état civil n'est juge du mérite de l'opposition, ni sous le rapport du fond ni de la qualité de l'opposant, ni même sous celui de la forme. Toutefois, il n'aurait pas compte d'une opposition qui ne serait pas faite par exploit d'huissier ou qui ne contiendrait pas les motifs et le texte de la loi sur laquelle agit l'opposant, sans laquelle on ne sait pas s'il est fondé à invoquer le motif indiqué."

- D
- 1) Das Ehehindernis des Einspruchs hat nur aufschiebende Wirkung; eine dennoch erfolgte Eheschliessung ist unangreifbar ²¹⁾. In einem solchen Falle besteht auch an einer gerichtlichen Weiterbehandlung des Einspruchs kein rechtliches Interesse mehr. Sollte der Einsprechende die Sache dennoch weiter betreiben, so ist sie wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses durch Prozessurteil zu erledigen ²²⁾.
 - 2) Nicht zu verwechseln ist der hier dargelegte förmliche Einspruch (opposition) mit dem Einspruchsrecht der Eltern gegen eine Eheschliessung von Abkömmlingen im Alter zwischen 21 und 25 Jahren, wie es das belgische (Art. 152 Abs. II C.c. belge) und das luxemburgische Recht (Art. 153 C.c. lux). noch kennen ²³⁾. Während dort das Gericht aus schwerwiegenden Gründen, die jedoch keineswegs gesetzliche Ehehindernisse betreffen müssen, eine Eheschliessung bereits aussetzen kann, können hier endgültig nur gesetzliche Ehehindernisse eine Eheschliessung verhindern.

- 21) Dazu das Urteil des Appelhofes in Lüttich vom 28. 3.1929 in Pas.belge 1929.II.133 f., abgedruckt auch in RabelsZ 1930 S. 649 f. wegen denkbarer Schadensersatzansprüche seitens des Einsprechenden gegen die Ehegatten in einem solchen Fall.
- 22) Der praktische Hauptfall ist, dass gegen eine den Einspruch zurückweisende Entscheidung der 2. Instanz (Art. 178 C.c) die Kassationsbeschwerde erhoben wird, der jedoch ein Suspensiveffekt nicht zukommt, sodass die Ehemülligen nach der zweitinstanzlichen Entscheidung (dazu: Cass.belge vom 19. Febr. 1872 in Pas.belge 1872.I.131) die Ehe eingehen können. Ist das Verfahren vor dem Kassationshof bis dahin nicht abgeschlossen, so entfällt für dessen Weiterverfolgung in der Hauptsache (ausgenommen ist die Kostenfrage) das Rechtsschutzinteresse.
- 23) Siehe oben Kap. I § 6.

II Dem deutschen Recht ist ein solcher förmlicher Einspruch gegen eine beabsichtigte Eheschliessung unbekannt. Seine Einführung kann dem deutschen Gesetzgeber auch nicht empfohlen werden. Zur Berücksichtigung und Beachtung der gesetzlichen Ehehindernisse genügt die formlose Mitteilung an den Standesbeamten, der im Zweifelsfalle auch immer die Eheschliessung ablehnen und damit den Verlobten die Möglichkeit einer gerichtlichen Klärung eröffnen wird. Reine Familienbelange verdienen aber unseres Erachtens, sobald eine Person volljährig und damit auch rechtlich den Familienbanden entwachsen ist, keine Berücksichtigung mehr. Nicht zuletzt aber ist jede gerichtliche Auseinandersetzung zwischen nahen Verwandten, wie sie bei diesem Ehehindernis immer der Fall ist, viel unerwünschter und schädlicher, als wenn dem Abkömmling eine endgültige und doch nicht zu vermeidende, letztlich auch gerechtfertigte selbständige Entscheidung von Anfang^{an} gewährt wird²⁴⁾.

24) Während der dem Unterausschuss der französischen Kommission zur Reform des Code civil vorgelegene erste Entwurf noch die uneingeschränkte Beibehaltung des förmlichen Einspruchs vorsah (Art. 26 ff des Entwurfs), entschloss man sich bereits bei den Beratungen in diesem Ausschuss den förmlichen Einspruch völlig zu beseitigen (Protokolle a.a.O.S. 392 f). Dies wurde auch in der Folge vom Hauptausschuss endgültig bestätigt, allerdings, wie bereits erwähnt, mit Ausnahme des Einspruchsrechtes des Staatsanwalts, das nunmehr gesetzlich festgelegt werden soll.

§ 16

Eugenische Ehehindernisse.

- I
- 1) Weder dem französischen noch dem belgischen oder luxemburgischen Recht sind eugenische Ehehindernisse irgendwelcher Art bekannt. Es sei unter diesem Gesichtspunkt nochmals auf das richtige Ergebnis der französischen Judikatur hingewiesen, die auch einem Geisteskranken im - nachgewiesenen - lucidum intervallum die Eheschliessung gestattet ¹⁾.
 - 2) Insbesondere kann die allein dem französischen Recht bekannte, erst neuere Vorschrift des Art. 63 Abs. II C.c. fr. nicht als ein verstecktes Ehehindernis dieser Art aufgefasst werden. Zwar sind die zukünftigen Ehegatten nach dieser Bestimmung verpflichtet, sich im Hinblick auf die Ehe einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen und eine darüber erteilte Bescheinigung dem Standesbeamten vorzulegen, doch kann und darf diese nur enthalten, dass eine solche Untersuchung stattgefunden hat. Keiner der zukünftigen Ehegatten ist verpflichtet, seinem Partner Angaben über das Ergebnis der Untersuchung zu machen. Auch der untersuchende Arzt ist ohne eine besondere Erlaubnis des Untersuchten nicht berechtigt, dem Partner Auskünfte zu erteilen. Die Untersuchung hat demnach nur das Ziel, dem Ehemwilligen über die von ihm ausgehenden möglichen Gefahren oder Mängel (vererbliche und ansteckende Krankheiten, Unfruchtbarkeit u.a.m.) aufzuklären, überlässt aber diesem allein die Verantwortung, ob er die Ehe dennoch eingehen will oder nicht. Auch die schwerste und ansteckendste Krankheit ist nicht geeignet, die Eheschliessung zu verhindern.

1) Siehe oben Kapitel I § 4 B I.

- II
- 1) Auch das deutsche Recht kennt kein eugenisches Ehehindernis mehr. Zwar ist einem Geisteskranken, der unmündig ist, auch im *lucidum intervallum* eine Eheschliessung nicht möglich, doch ist dies eine Folge der damit verbundenen absoluten Geschäftsunfähigkeit, eine Folge also des dem deutschen Recht eigentümlichen Systems, die nicht als ein Ehehindernis in se zu werten ist. Das gleiche gilt von dem Erfordernis der Zustimmung des Vormundes zur Eheschliessung eines Geisteschwachen ²⁾.
 - 2) Auch § 6 des Bundesgesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten verpflichtet einen geschlechtskranken Verlobten nur, seinem Partner Mitteilung von der Krankheit zu machen und stellt eine Unterlassung unter Strafe. Doch verbietet auch diese Vorschrift nicht die Eheschliessung einer Person, die an solchen Krankheiten leidet.
 - 3) Das Württemberg-Badische Landesgericht Nr. 347 vom 14.3.1949 ³⁾ verlangt von den Verlobten die Vorlage eines amtsärztlichen Zeugnisses, das angeben muss, ob ansteckende oder vererbliche Krankheiten bei dem Ehemülligen vorliegen. Doch ist auch dort der Standesbeamte verpflichtet, die Eheschliessung vorzunehmen, gleichgültig wie krank ein Partner ist. Allerdings muss nach diesem Landesgesetz das Ergebnis der Untersuchung dem anderen Partner mitgeteilt werden.
 - 4) Das Ehehindernis der Ehetauglichkeit gemäss § 5 EheG 38 i.V.m. den Vorschriften des Ehegesundheitsgesetzes vom 18.10.1935 ⁴⁾ besteht nicht mehr ⁵⁾. Es wurde durch

 - 2) Dass diese Regelung für den Geistesschwachen praktisch nicht zu befriedigen vermag, wurde bereits oben § 4 III erwähnt.
 - 3) Regierungsblatt für Württemberg-Baden 1949 S.49/50.
 - 4) RBG1.1935 I S.1246.

§ 79 EheG 46 aufgehoben ⁶⁾.

III. Ohne dass wir auf diese rechtspolitische so ausserordentlich schwierigen Fragen hier näher eingehen können, halten wir keine dieser Regelungen für ausreichend. Wir sind der Ansicht, dass sich jeder Verlobte vor der Eheschliessung ärztlich untersuchen lassen und der andere Partner über den Standesbeamten Kenntnis von dem Ergebnis der Untersuchung erhalten sollte. Wir glauben auch weiter, dass ein Ehehindernis geschaffen werden sollte, das Trägern schwerster vererblicher Krankheiten (z.B. Syphilis) die Ehe verbiete, da in derart extremen Fällen die Gemeinschaft vor schwachsinnigen und idiotischen Nachkommen solcher Eltern geschützt werden muss.

- 5) Beitzke § 9 II Ziff. 5, v. Godin Anm. 2 vor § 4 EheG 46, Gerold Anm. 3 vor § 1 EheG 46, Siebert-Vogel Anm. 1 zu § 79 EheG 46, Palandt-Lauterbach Anm. 2 vor § 1 EheG 46.
- 6) In der britischen Zone wurde dieses frühere Ehehindernis auch praktisch über den 8.5.1945 hinaus bis zum Inkrafttreten des § 79 EheG 46 (1.3.1946) berücksichtigt. - Siehe Beitzke in DRZ 1946 S. 136.

3. Kapitel.

Die Förmlichkeiten der Eheschliessung.

§ 17

Das Aufgebot.

Bereits das nachtridentinische kirchliche Eheschliessungsrecht hatte die öffentliche Ankündigung der Heiratsabsicht zweier Verlobter zu dem Zwecke ausgebildet, dem die Ehe trauenden Geistlichen möglicherweise bestehende Ehehindernisse bekannt werden zu lassen. Diese Einrichtung hatte für das kirchliche Recht besondere Bedeutung, da dem Geistlichen unmöglich alle tatsächlichen Voraussetzungen bekannt sein konnten, auf denen die Vielzahl der damals bestehenden Ehehindernisse beruhten. Mit der öffentlichen Ankündigung der Heiratsabsicht war somit gleichzeitig die Aufforderung an die Allgemeinheit verbunden, dem trauenden Geistlichen mögliche Ehehindernisse anzuzeigen.

Die modernen staatlichen Kodifikationen des Eherechtes haben zwar gegenüber dem kirchlichen Eherecht die Zahl der Ehehindernisse erheblich eingeschränkt, dieses Rechtsinstitut jedoch aus den gleichen Erwägungen übernommen, wenn es auch, insbesondere durch die Führung der Familienbücher, seine massgebliche Bedeutung verloren hat.

- I 1) So bestimmen die Art. 63 C.c. (übereinstimmend), dass jeder Eheschliessung ein Aufgebot vorauszugehen hat. Es muss am Wohnort oder am Aufenthaltsort jedes der zukünftigen Ehegatten bestellt werden, Art. 166 C.c. (übereinstimmend). Nach französischer Sondervorschrift (Art. 74 C.c.fr.) genügt hierfür nur derjenige Aufenthaltsort, an dem sich der Verlobte mindestens einen Monat lang regelmässig aufgehalten hat ¹⁾.

Bestanden der Wohnort oder der Aufenthaltsort, an dem das Aufgebot erfolgen soll, nicht während einer Dauer von mindestens 6 Monaten, so hat das Aufgebot ausserdem noch am vorhergehenden Wohnort, bei dessen Fehlen am letzten Aufenthaltsort zu ergehen, Art. 167 C.c. (übereinstimmend). Hat letztlich auch dieser Aufenthaltsort nicht mindestens 6 Monate lang bestanden, so muss das Aufgebot auch noch am Geburtsort des betreffenden Partners erfolgen, Art. 167 C.c. (übereinstimmend).

Nach französischer Vorschrift (Art. 168 C.c.fr.) muss das Aufgebot darüberhinaus auch am Wohn- bzw. Aufenthaltsort derjenigen Aszendenten ergehen, deren Zustimmung zur Eheschliessung gegebenenfalls erforderlich ist.

Der Sinn dieser eingehenden Regelung des Aufgebots ist, deutlich erkennbar, das Aufgebot überall dort stattfinden zu lassen, wo die künftigen Ehegatten infolge eines längeren Aufenthaltes bekannt geworden sind und der Öffentlichkeit mögliche Ehehindernisse bekannt sein können.

- 2) Das Aufgebot erfolgt durch einen Aushang (affiche) am Bürgermeisteramt des betreffenden Ortes, wo es mindestens 10 Tage verbleiben muss ²⁾. Nach belgischer und luxemburgischer Vorschrift (Art. 63 C.c. belge und C.c. lux.) hat der Aushang erstmals an einem Sonntag zu erfolgen.

1) Diese Zeit darf durch keine längere Abwesenheit unterbrochen werden.

2) Das Aufgebot muss nicht ununterbrochen 10 Tage im Aushang verbleiben, es genügt wenn es mindestens insgesamt 10 volle Tage aushing.

Frühestens nach Ablauf der genannten Frist von 10 Tagen kann die Eheschliessung stattfinden (Art. 64 C.c. übereinstimmend).

- 3) Das Aufgebot selbst hat die Namen, Vornamen, den Beruf sowie den Wohn- und Aufenthaltsort der zukünftigen Ehegatten anzugeben. Ausserdem muss nach französischem und belgischem Recht aus ihm ersichtlich sein, an welchem Ort die Eheschliessung stattfinden soll. Nach belgischem und luxemburgischem Recht muss es weiterhin angeben, ob die zukünftigen Gatten voll- oder minderjährig sind, und Namen, Vornamen, Beruf und Wohn- bzw. Aufenthaltsort ihrer Eltern nennen.

Das Aufgebot ist vor einem der zur Eheschliessung zuständigen Standesbeamten zu bestellen ³⁾. Dieser vermittelt auch die Durchführung des Aufgebotes an den sonstigen, bereits genannten Orten, an denen ein solches ausserdem im Einzelfall erforderlich sein kann. Die Parteien müssen also die Bestellung des Aufgebotes nicht an jedem der erforderlichen Orte selbst betreiben. Es genügt dessen einmalige Bestellung, das weitere veranlasst der beauftragte Standesbeamte. Dieser wird jedoch nur auf einen ausdrücklichen Antrag der zukünftigen Gatten hin tätig. Die Verlobten müssen hierzu nicht persönlich erscheinen. Ihr Vertreter muss jedoch in der Lage sein, seine Vertretungsmacht ordentlich glaubhaft zu machen.

- 4) Der Standesbeamte darf erst dann das Aufgebot erlassen, wenn er die Überzeugung gewonnen hat, dass alle Voraussetzungen der geplanten Eheschliessung erfüllt sind und ihr keine Ehehindernisse entgegenstehen. Die zukünftigen Gatten haben aus diesem Grunde eine grosse Zahl von Urkunden vorzulegen, da die Glaubhaftmachung im einzelnen jeweils besonderen Formalien unterworfen ist.

3) Siehe im Folgenden § 18.

Dies kann auch heute noch eine Ehschliessung in diesen Ländern recht beschwerlich machen.

Insbesondere seien an solchen Urkunden genannt:

- a) die Geburtsurkunden der Ehegatten ⁴⁾.
- b) bei Minderjährigen, soweit die Eltern nicht persönlich mit erscheinen, deren Zustimmung zur Eheschliessung in Form einer notariellen Urkunde.
- c) Falls die Eltern oder ein Elternteil nicht mehr leben, die Sterbeurkunden, bzw. die Nachweise über ihre unbekannte Abwesenheit, ihre Erklärungsunfähigkeit, u.a.m.
- d) Genehmigungsbescheide seitens der militärischen oder diplomatischen Behörden zur Eheschliessung.
- e) Nach französischem Recht die Bestätigungen, dass sich beide Partner im Hinblick auf die Eheschliessung einer ärztlichen Untersuchung unterzogen haben.
- f) Nach belgischem und luxemburgischem Recht die von einem Notar aufgenommenen Protokolle (Notifikationsurkunden) über das ehrerbietige Befragen (acte respectueux) seitens der Volljährigen ihren Eltern gegenüber.
- g) Todesurkunde über den Tod eines früheren Ehegatten; möglicherweise Scheidungsurteil oder Nichtigkeitsurteil.
- h) Soweit Befreiung von einem Ehehindernis erteilt wurde, der betreffende behördliche Bescheid.

-
- 4) Eine Eheschliessung oder rechtskräftige Ehescheidung wird am Rande des Geburtsregisters vermerkt. Die Vorlage dieser Urkunden dient somit vor allem der Vermeidung von Doppelhehen, weshalb auch die nach diesem Register ausgestellten Geburtsurkunden nach französischem Recht (Art. 70 C.c. fr.) nicht älter als drei Monate sein dürfen.

Auf Einzelheiten ⁵⁾ sei auch hier nicht näher eingegangen, da die gesetzlichen Regelungen (Art. 69 ff C.c. Art. 148 C ff C.c.) eingehend sind und zu Zweifelsfragen keinen Anlass geben.

- 5) Vom Erfordernis des Aufgebotes kann Befreiung durch den Staatsanwalt aus schwerwiegenden Gründen erteilt werden, Art. 169 C.c. (übereinstimmend).

Findet die Eheschliessung nicht innerhalb eines Jahres gerechnet vom Ablauf der 10-tägigen Aufgebotsfrist statt, so verliert das Aufgebot seine Wirkungen und muss gegebenenfalls erneut bestellt werden ⁶⁾.

- 6) Unterbleibt entgegen den genannten Vorschriften die Bestellung oder ordnungsgemässe Durchführung des Aufgebots, so hat dies für den Bestand und die Gültigkeit der Ehe keine Folgen.

Anders ist dies nur in einem Sonderfall nach französischem und luxemburgischem Recht ⁷⁾ gemäss Art. 170 C.c. fr. und D.d. lux. ⁸⁾. Nach dem Wortlaut dieser Vor-

- 5) Ohne dass dies im Gesetz bisher einen Niederschlag gefunden hätte, sind die Standesbeamten in diesen Ländern durch Verwaltungsvorschrift angewiesen, eine Eheschliessung, an der ein Ausländer beteiligt ist, erst dann vorzunehmen, wenn dieser eine Bescheinigung der Verwaltung seines Heimatstaates vorlegt, aus der sich ergibt, dass der geplanten Eheschliessung auch nach dem Rechte dieses Landes ein Ehehindernis nicht entgegensteht. - Der Standesbeamte kann jedoch, insbesondere wenn der betreffende Staat eine solche Bescheinigung nicht ausstellt, von dem Erfordernis Abstand nehmen.

- 6) Nach Art. 27 des Vorschlages der Kommission zur Reform des Code civil soll es in Zukunft nur mehr eine Gültigkeit von 3 Monaten seit Ablauf der Aufgebotsfrist besitzen (Art. 27, Protokolle a.a.O.S.599).

- 7) Belgien hat in den Art. 170 ff C.c. belge eine dem internationalen Privatrecht entnommene und angepasste Regelung für die Fälle von Auslandsehen normiert.

- 8) "Le mariage contracté en pays étranger...sera valable..pourvu qu'il ait été précédé de la publication prescrite.."

schriften ist die Eheschliessung eines französischen oder luxemburgischen Staatsangehörigen dann absolut vernichtbar, wenn sie im Ausland erfolgte - was an sich durchaus zulässig ist -, ohne dass zuvor das Aufgebot im eigenen Land bestellt und durchgeführt wurde. Dennoch nimmt die Rechtsprechung ganz regelmässig an, dass diese Wirkung des Gesetzes nur dann eintritt, wenn sich die Eheschliessenden bewusst über die Vorschriften des französischen bzw. luxemburgischen Rechtes hinwegsetzen wollten ⁹⁾, nicht dagegen, wenn dies unbeabsichtigt und etwa nur aus Versehen unterblieb. Dagegen ist es unrichtig, das Aufgebot als einen Teil der Eheschliessung selbst zu betrachten, etwa als einen Teil der, später noch zu erörternden, notwendigen Öffentlichkeit der Eheschliessung ¹⁰⁾.

Das Aufgebot kann also, mit Ausnahme der Sonderfälle des Art. 170 C.c. fr. und C.c. lux., in keinem Fall, auch nicht indirekt, die Gültigkeit der ohne es erfolgten Eheschliessung in Frage stellen.

9) Tribunal de Luxembourg vom 11. März 1903 in Pas. Lux. Bd. VI 226 : "Le mariage contracté par un Luxembourgeois à l'étranger, sans publications préalables dans le Grand-Duché n'est pas nécessairement nul, mais peut être annulé, s'il résulte des circonstances de la cause qui sont à apprécier souverainement par les juges du fond, que l'omission des formalités prescrites a eu pour but de faire fraude à la loi luxembourgeoise."

Ebenso: Cass. fr. vom 15. Juni 1887 in D.P. 1888.1. 412; Cass. fr. vom 3. Jan. 1906 in D.P. 1906.1.207; Tribunal Comar vom 28. Febr. 1951 in Clunet 1952.602;

10) Cass. fr. vom 18. Febr. 1942 in D.A. 1942.J.83., De Page No. 654.- Anderer Ansicht offenbar André Ponsard in "Das internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs" S.6 f.-
Zweifelhaft in der Begründung daher auch Lyon vom 10. April 1856 in Sir. 1856.2.706 und Agen vom 23. Jan. 1857 in Sir. 1857.2.215.- Unrichtig die Entscheidung Brüssel vom 5. März 1924, Pas. belge 1924.II.190, die im Aufgebot ein "Element der Öffentlichkeit" sieht. - Allerdings kann man, wenn einem an einer solchen systematischen Einordnung gelegen ist, die

- II
- 1) Das Erfordernis eines Aufgebotes vor der Eheschliessung war dem deutschen Recht in allen seinen Kodifikationen des Eherechtes (Personenstandsgesetz von 1875, BGB, EheG 38) bekannt und wurde aus den gleichen Gründen, wie sie für die Rechte des Code civil gelten, auch in das neue EheG 46 (§ 12) übernommen. Seine besondere Ausgestaltung hat es jedoch im Personenstandsgesetz (§§ 3 ff) erfahren, sowie vor allem in der, auch heute noch gültigen, 1.AVO zum PSTG von 1938.
 - 2) Der wesentlichste Unterschied zu der Regelung der Rechte des Code civil besteht darin, dass nach deutschem Recht das Aufgebot, auch wenn die zukünftigen Gatten ihren Wohnsitz in verschiedenen Gemeinden und Standesamtsbezirken haben, nur mehr an einem Ort durchzuführen ist und zwar wahlweise entweder am Wohn- bzw. Aufenthaltsort des einen oder des anderen zukünftigen Ehegatten, § 4 PSTG mit § 23 1.AVO zum PSTG in Verbindung mit § 15 Abs. II EheG ¹¹⁾. Es ist auch ohne Bedeutung, wie lange der Wohnsitz oder Aufenthalt an dem Ort, an dem nunmehr das Aufgebot bestellt wird, bereits begründet ist.
-
- 10) Fortsetzung Sondervorschrift des Art.170 C.c. fr. und C.c. lux. aufgrund der besonderen gesetzlichen Nennung als ein solches Element der Öffentlichkeit ansehen, was jedoch von keiner Bedeutung ist, da sich für diese Fälle die Vernicztbarkeit unmittelbar aus der genannten Vorschrift selbst ergibt, ein Rückgriff auf die Vorschriften über die Öffentlichkeit also überflüssig ist.
 - 11) Nach der ursprünglichen Regelung des genannten § 23 1. AVO zum PSTG hatte das Aufgebot noch an jedem Wohn- oder Aufenthaltsort beider Partner zu erfolgen, den diese innerhalb der letzten 6 Monate innehatten. - Siehe dazu Massfeller, Komm.zum PSTG Anmerkung zu § 23 1.AVO zum PSTG. Die jetzt gültige dargelegte Regelung des deutschen Rechtes entspricht dem Vorschlag der Kommission zur Reform des Code civil (Art.22, Protokolle a.a.O.S.598.)

Diese Regelung lässt deutlich erkennen, wie stark das Aufgebot seine eigentliche Bedeutung als ein Aufruf an die Allgemeinheit, mögliche Ehehindernisse bekannt zu geben, verloren hat ¹²⁾.

- 3) Im übrigen stimmen die Regelungen der beiden Rechtssysteme weitgehend überein: Auch nach deutschem Recht erlässt der Standesbeamte das Aufgebot auf Antrag beider Partner, die möglichst, aber nicht unbedingt, persönlich dazu vor ihm erscheinen sollen. Er kann das Aufgebot erst dann erlassen, wenn er die Überzeugung gewonnen hat, dass alle Voraussetzungen dieser geplanten Eheschliessung erfüllt sind und ihr keine gesetzlichen Ehehindernisse entgegenstehen. Die Verlobten haben ihm dazu regelmässig die nötigen Unterlagen vorzulegen ¹³⁾.

Zuständig für die Bestellung des Aufgebotes ist jeder Standesbeamte, der auch für diese Eheschliessung zuständig ist ¹⁴⁾. Es hat Namen, Vornamen, Beruf und Wohn-

12) So waren bei den Beratungen der französischen Kommission zur Reform des Code civil auch deutliche Bestrebungen zu erkennen, die sich für eine vollständige Beseitigung des Aufgebotes einsetzten (Protokolle a.a.O.S.389 f, 417, 516 f).

13) Hierzu zählt vor allem die beglaubigte Abschrift aus dem amtlichen Familienbuch, aus der sich insbesondere ersehen lässt, ob einer der Partner bereits verheiratet ist oder ob zwischen den Partnern ein engeres Verwandtschaftsverhältnis besteht. Hierher gehört aber vor allem auch das Erfordernis des § 10 EheG 46, das wir, obwohl vom Gesetz seiner Stellung nach als solches bezeichnet, nicht als ein eigentliches Ehehindernis ansehen, sondern als ein besonderes Formerfordernis, das in Einzelfälle, wie das Aufgebot, der eigentlichen Eheschliessung vorauszu-gehen hat: Für den Fall, dass einer der Partner Ausländer ist, hat er die Bestätigung der Verwaltungsbehörde seines Heimatlandes vorzulegen, dass der geplanten Eheschliessung auch nach seinem Heimatrecht ein Ehehindernis nicht entgegensteht; siehe auch oben Fussnote 5.

14) Siehe im Folgenden § 18.

ort der Ehemwilligen anzugeben und die Aufforderung an die Allgemeinheit zu enthalten, möglicherweise bestehende Ehehindernisse dem Standesbeamten mitzuteilen (§ 23 der 1.AVO zum PSTG).

Das Aufgebot selbst erfolgt durch Aushang, regelmässig an der Tafel für amtliche Mitteilungen im Bürgermeisteramt. Es soll mindestens eine Woche lang dort verbleiben. Diese Frist kann jedoch vom Standesbeamten abgekürzt werden, § 3 Abs. I S. 3 PSTG. Frühestens nach Ablauf dieser Frist soll die Eheschliessung erfolgen.

- 4) Von dem Erfordernis des Aufgebotes kann durch den Standesbeamten Befreiung bewilligt werden, jedoch nur dann, wenn dieser die Überzeugung gewonnen hat, dass dieser Eheschliessung ein Ehehindernis nicht entgegensteht, § 3 Abs. I Satz 3 i.V.m. § 5 Abs. I PStG. Das Erfordernis entfällt kraft Gesetzes, wenn einer der Verlobten lebensgefährlich erkrankt ist und ein ärztliches Zeugnis bestätigt, dass die Eheschliessung nicht aufgeschoben werden kann, § 23 1.AVO zum PStG.

Wird die Ehe nicht innerhalb von 6 Monaten nach Ablauf der Aufgebotsfrist geschlossen, so verliert dieses seine Kraft und muss gegebenenfalls wiederholt werden, § 12 Abs. I Satz 2 EheG 46.

- 5) Wird eine Ehe geschlossen, ohne dass ein Aufgebot erfolgt ist oder ohne dass Befreiung von diesem Erfordernis erwirkt wurde, so hat dies, ebenso wie nach den Rechten des Code civil, auf den Bestand und die Gültigkeit der Ehe keinen Einfluss. Insbesondere ist das Aufgebot nicht zu den Formalien der Eheschliessung selbst zu zählen und kann daher auch nicht über die Vorschrift des § 13 EheG. 46 im Hinblick auf eine Vernichtung der Ehe von Bedeutung werden ¹⁵⁾.

III Übereinstimmend ist somit das Aufgebot nach beiden Rechtssystemen die öffentliche Ankündigung einer beabsichtigten Eheschliessung verbunden mit der Aufforderung an die Allgemeinheit, dem Standesbeamten möglicherweise dieser Eheschliessung entgegenstehende Ehehindernisse anzuzeigen ¹⁶⁾. Auch in den Einzelheiten der jeweiligen Regelungen zeigen sich kaum bedeutsame Unterschiede, zumal auch der französische Gesetzgeber plant, das Aufgebot in Zukunft nur mehr an einem Ort, möglichst dem Ort der Eheschliessung selbst, erfolgen zu lassen.

15) Palandt Anm. 2, Gerold Anm. 9, Hoffmann-Stephan Anm. 3 B je zu § 12 EheG 46, wobei letztere allerdings das Aufgebot zu den Förmlichkeiten der Eheschliessung selbst zählen, ohne daraus aber weitere Folgerungen zu ziehen - was auch im Hinblick auf den Wortlaut des § 12 EheG unmöglich wäre.

16) Diese Verpflichtung der Allgemeinheit wird im deutschen Recht ausdrücklich bestimmt, § 3 Abs. IIPStG.

§ 18

Der Ort der Eheschliessung.

Wie das Erfordernis eines Aufgebots, so dienen auch die Vorschriften über den Ort, an dem die geplante Ehe geschlossen werden kann, der Vermeidung von Eheschliessungen, denen ein gesetzliches Ehehindernis entgegensteht oder deren Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Der Standesbeamte soll möglichst selbst mit den persönlichen Verhältnissen wenigstens eines der zukünftigen Ehegatten vertraut sein. Auch soll denjenigen Personen, welche die zukünftigen Partner kennen, bis zum Augenblick der Eheschliessung die Möglichkeit gegeben sein, dem Standesbeamten gesetzliche Ehehindernisse anzuzeigen.

- I 1) Die französischen, belgischen und luxemburgischen Rechte gestatten daher die Eheschliessung nur am Wohnsitz oder Aufenthaltsort zumindest eines der Partner, wobei wiederum nach französischer Vorschrift dieser Aufenthaltsort mindestens einen Monat lang regelmässig bestanden haben muss.
- Der Wohnsitz bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Bestellung des Aufgebotes. Nur für den Fall, dass von dem Aufgebot Befreiung erteilt wurde, ist der Zeitpunkt der Eheschliessung massgebend, Art. 165 C.c. (übereinstimmend).
- 2) Zwischen diesen wenigen, aber möglicherweise verschiedenen Orten, an denen die geplante Ehe geschlossen werden kann, haben die zukünftigen Ehegatten die Wahl. Dieses Wahlrecht erlischt auch nicht durch die Nennung eines dieser Orte im Aufgebot (Art. 63 C.c.fr. und C.c.belge) oder in der Notifikationsurkunde im Rahmen der

förmlichen Befragung 1).

Das Aufgebot kann somit an einem anderen Orte bestellt werden als demjenigen, an dem die Eheschliessung endgültig stattfinden wird 2). Doch stehen den zukünftigen Gatten immer nur ihr ordentlicher Wohnsitz oder ihr tatsächlicher Aufenthaltsort zur Wahl; an anderen Orten kann die Ehe unter keinen Umständen geschlossen werden.

- 3) Für die Rechte des Code civil ist der Ort, an dem die Eheschliessung erfolgen kann, von massgeblicher Bedeutung, da er gleichzeitig die Zuständigkeit des Standesbeamten bestimmt. Art. 191 C.c. (gleichlautend) aber bestimmen, dass eine Ehe, die nicht vor dem zuständigen Standesbeamten (officier de l'état civil compétent) geschlossen wurde, absolut vernichtbar ist.

Trotz des eindeutigen Wortlauts dieser Vorschrift 3) wird aber eine an einem gesetzlich nicht vorgesehenen Ort und damit vor einem unzuständigen Standesbeamten geschlossene Ehe von den Gerichten dieser Länder nur mehr in den seltensten Fällen vernichtet. Aus Art. 193 C.c. (gleichlautend) haben diese vielmehr für sich allgemein das Recht abgeleitet, die tatsächlichen Gegebenheiten des Einzelfalles zu würdigen und zu prüfen. Vor allem halten die Gerichte für wesentlich, ob der jeweilige Verstoss die Vernichtung der Ehe billigerweise

1) Fuzier-Herman No. 29 bis zu Art. 165 C.c. und Douai vom 28. Dez. 1908 in Sir. 1909.2.222.

2) Doch hat es auch an diesen Orten in jedem Fall zu erfolgen, es muss nur nicht vor dem Standesbeamten dieses Ortes bestellt werden; siehe oben § 17 I.

3) "Tout mariage qui...n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué...". "Jede Eheschliessung, die vor einem unzuständigen Standesbeamten geschlossen wurde, kann ... angegriffen werden."

rechtfertigen kann oder nicht. Bei den Entscheidungen wird regelmässig auf die Vorstellungen der Parteien abgestellt, insbesondere ob sie sich absichtlich über die gesetzlichen Vorschriften hinwegsetzen wollten oder besten Willens waren, den gesetzlichen Erfordernissen genüge zu tun ⁴⁾. Die Lehre ist dieser ständigen und seit langem geübten Rechtsprechung einmütig gefolgt ⁵⁾, wobei sie allerdings bemüht war, das Ergebnis dem Gesetz selbst zu entnehmen. Dies muss jedoch bei richtiger Interpretation des klaren Wortlauts der genannten Art. 191 C.c. scheitern. In Wirklichkeit handelt es sich um eine auf Billigkeitserwägungen beruhende freie richterliche Rechtsfindung contra legem. Sie kann sich auf den richtigen, allerdings nie deutlich ausgesprochenen Gedanken stützen, dass die Tatsache allein, dass die Eheschliessung an einem nicht gesetzlich vorgesehenen Ort stattgefunden hat, zumindest heute nicht mehr als ein zur Vernichtung der Ehe berechtigender Grund angesehen werden kann.

- II 1) Gleichermassen wie nach den Rechten des Code civil kann die Ehe nach deutschem Recht am Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort beider Partner geschlossen werden, § 15 Abs. II EheG 46. Kommen infolgedessen mehrere Orte in Frage, so haben die zukünftigen Ehegatten, wie nach französischem, belgischem und luxemburgischem Recht, die Wahl. Dieses Wahlrecht geht auch nicht dadurch verloren, dass sie vorher vor dem Standesbeamten eines anderen Ortes als dem der endgültigen Eheschliessung das Aufgebot bestellt haben.

 4) Paris vom 5. Jan. 1852 in Sir. 1952.2.14; und vor allem Bayonne vom 9. April 1936 in Sir. 1936.2.124:
 "La nullité du mariage ne doit pas être prononcée de plano par cela seul qu'il a été célébré par un officier de l'état civil autre que celui du domicile des deux époux, il faut encore que l'irrégularité commise présente un caractère frauduleux suffisamment accusé."

Im Gegensatz zu der Regelung jener Rechte ist nach deutschem Recht aber für die Beurteilung des Wohnsitzes oder Aufenthaltsortes der Zeitpunkt der Eheschliessung und nicht der Zeitpunkt der Bestellung des Aufgebots massgebend.

- 2) Darüberhinaus aber haben die Ehemülligen ausserdem die Möglichkeit, an einem beliebigen Ort die Ehe zu schliessen, Voraussetzung ist, dass einer der nach den genannten allgemeinen Regeln über den Ort der Eheschliessung zuständigen Standesbeamten den an sich völlig unzuständigen Standesbeamten, vor dem die Ehe nach dem Wunsch der Parteien geschlossen werden soll, schriftlich ermächtigt, die Eheschliessung vorzunehmen, § 15 Abs. IV EheG 46.
- 3) Ein Verstoss gegen diese Vorschriften, die den Ort der Eheschliessung und damit die Frage nach der Zuständigkeit des einzelnen Standesbeamten bestimmen, ist nach deutschem Recht für die Gültigkeit der Eheschliessung ohne Bedeutung: Die Vorschrift des § 15 EheG 46 ist eine reine "Soll"-vorschrift. Nach deutschem Recht ist also die Zuständigkeit des Standesbeamten kein wesentliches Formerfordernis für die Eheschliessung ⁶⁾.

- 5) Aubry-Rau-Esmein § 467 S.148 und Fussnote 18, Rouast No.274 ff, Colin-Capitant-de la Morandière No.217, Demolombe Bd. III No.298, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade No. 1849 ff (vor allem No.1851 und 1854), Laurant Bd. II No. 482, Huc Bd. II No.154, Fuzier-Herman No.7 zu Art. 34 C.c., 2-4 zu Art.165 C.c. und No.10 zu Art. 191 C.c. Heinsheimer-Wolff Anmerkung zu Art.191-193 C.c.
- 6) Hoffmann-Stephan Anm.2, v.Godin Anm. 2, Palandt Anm. 4, Erman-Hefermehl Anm.2 je zu § 15 EheG 46, RGRKomm.8, Aufl.Anm. 1 zu § 1320 BGB.

- III 1) Die Vorschriften über den Ort der Eheschliessung stimmen somit nach den beiden Rechtssystemen in der Regel überein. Eine wesentliche Erleichterung der Eheschliessung stellt dagegen die deutsche Vorschrift des § 15 Abs. IV EheG 46 dar, welche die Eheschliessung an jedem beliebigen Orte ermöglicht.

Es ist anzunehmen, dass die Rechte des Code civil auch in dieser Richtung Erleichterungen schaffen werden, da die streng an den Ort gebundene Eheschliessung, ebenso wie auch das Aufgebot, ihren eigentlichen Sinn, das Bekanntwerden von Ehehindernissen, weitgehend verloren hat. Uns erscheint daher eine Vorschrift wie die des genannten § 15 Abs. IV EheG als sehr glücklich gewählt, da zur Bestellung des Aufgebotes einmal und zur Delegation seiner Befugnisse zum anderen der Standesbeamte des Wohnsitzes oder Aufenthaltsortes des einen der Gatten auf jeden Fall eingeschaltet werden muss. Dies allein genügt aber, um Ehehindernisse, die möglicherweise diesem Standesbeamten bekannt sind, berücksichtigen zu können.

- 2) Dagegen ist die Beseitigung der in Art. 191 C.c. vorgesehenen Vernichtbarkeit einer Ehe, die vor einem unzuständigen Standesbeamten geschlossen wurde, dringend zu empfehlen. Denn die Vorschrift als solche lässt im weitesten Masse eine Vernichtbarkeit zu, infolge der - nach dem augenblicklichen Stande nur zu begrüßenden - Rechtsprechung kann aber in keinem Falle mit Sicherheit abgesehen werden, welche Entscheidung im Einzelfalle ergehen wird.

Im übrigen kann es vor allem nicht als günstig angesehen werden, wenn die Sanktion eines heute als unwesentlich erkannten Verstosses gegen objektive Regeln dahin umgebogen wird, subjektive Einstellungen der Ehegatten gegenüber der staatlichen Rechtsordnung zu ahnden.

Die Vernichtung einer Ehe darf unserer Ansicht nach nicht als eine Strafe gegenüber den Ehegatten erscheinen. Sie darf vielmehr nur als eine unbedingte Notwendigkeit zur Sicherung von Verstössen gegen wirklich schwerwiegende formelle Erfordernisse bzw. wegen der Nichtbeachtung wesentlicher Ehevoraussetzungen oder bedeutender Ehehindernisse aufgefasst werden ⁷⁾.

7) Insbesondere ist hierbei zu beachten, dass die Rechtsprechung in den Ländern des Code civil gelegentlich auf diesem Umweg - subjektiv bewusster Verstoss gegen die staatliche Rechtsordnung - die Verletzung von Vorschriften geahndet hat, die nach der ausdrücklichen Regelung des Gesetzes die Vernichtung einer Ehe nicht herbeiführen können. So etwa Agen vom 23. Jan. 1857 in Sir. 1857.2.215. Siehe auch De Page S. 709 Fussnote 3.

§ 19

Die Mitwirkung des Standesbeamten.

Nichtehe und vernichtbare Ehe.

Alle Rechtsordnungen, denen die vorliegende Untersuchung gilt, kennen die Eheschliessung nur in der Form der obligatorischen Zivilehe. Das bedeutet einmal, dass sie nur diejenige Verbindung eines Mannes und einer Frau als "Ehe" mit ihrer Vielzahl rechtlicher Folgen anerkennen, die in der Form einer besonders förmlichen zivilrechtlichen Einigung geschlossen wurde. Das bedeutet aber auch weiter, dass sie die Gültigkeit dieses zivilrechtlichen Aktes von der Mitwirkung eines staatlich Beauftragten, des Standesbeamten (*officier de l'état civil*) abhängig gemacht haben mit dem Ziel, den für das gesamte Staatswohl so wichtigen Akt der Familiengründung der staatlichen Kontrolle hinsichtlich aller Voraussetzungen und Verbote zu unterstellen.

- I^A 1) Die Säkularisierung dieses vorher rein kirchlichen Rechtsgebietes geschah für die heutigen Länder Frankreich, Belgien und Luxemburg in der französischen Revolution von 1789, deren eine Forderung es war, die Rechtshoheit auf dem Gebiet des Ehegesetzes auf den Staat zu übertragen. Die Tatsache, dass die Pflege und Kontrolle über ein so ausschlaggebendes Rechtsgebiet im Ancien Droit dem Staate vorenthalten war, hatte zu erheblichen Spannungen geführt, insbesondere da die Kirche von ihrem Standpunkt aus häufig zu Maßnahmen und Entscheidungen gelangt war, die sich mit den Aufgaben und den Zielen des Staates und der Allgemeinheit nicht mehr deckten.

So bestimmte die französische Verfassung von 1791 ¹⁾, dass der Staat die Eheschliessung und die Ehe selbst nur mehr als einen zivilrechtlichen, also seiner Hoheit unterworfenen Vertrag erachte. Zunächst ergingen verschiedene Einzelgesetze. Später wurde dann die obligatorische Zivilehe in den Code civil von 1804 aufgenommen und fand damit Eingang in alle Länder, in der dieses Gesetzeswerk geltendes Recht wurde.

In Frankreich, Belgien und Luxemburg kann seitdem eine Ehe wirksam nur unter Mitwirkung eines Standesbeamten geschlossen werden. Diese Regelung gilt ausnahmslos. Auch für besondere Fälle, wie bei Lebensgefahr für einen der Partner, kennen diese Rechte keine Ausnahmen.

- 2) Wer Standesbeamter ist, richtet sich nach dem öffentlichen Recht dieser Länder. Er bedarf der Ernennung sowie der Übertragung eines Amtsgebietes. Regelmässig befindet sich in jeder Gemeinde ein Standesbeamter.

1) Titel II Art. 7 der Verfassung von 1791. Der Richtigkeit halber sei erwähnt: Da die katholische Kirche Eheschliessungen nicht nur von rein protestantischen Partnern, sondern auch von Partnern verschiedener Konfession verweigerte, andererseits den Protestanten seit Aufhebung des Ediktes von Nantes selbst keine rechtlichen Befugnisse zur Eheschliessung zustanden, herrschte für Personen dieses Glaubens eine unbeschreibliche Rechtsunsicherheit, und es mag wohl kaum eine Zeit gegeben haben, in der es mehr "nichtige Ehen" oder "Nichtehen" gegeben hat. Durch königliches Dekret von 1787 wurde daher noch unter Ludwig XVI bestimmt, dass solche Ehen nunmehr wieder wirksam vor protestantischen Geistlichen oder aber vor dem Bezirksrichter geschlossen werden konnten. Dies war für Frankreich die eigentliche Geburtsstunde der Zivilehe. - In anderen europäischen Ländern war sie schon länger bekannt, so in Holland (1580) und in England (1653) unter Cromwell, wurde dort aber nach der Restauration wieder beseitigt und erst 1836 erneut eingeführt.

War der Standesbeamte fehlerhaft bestellt worden oder hat er ausserhalb seines Amtsgebietes an einer Eheschliessung mitgewirkt, so hat zwar eine dritte Person, aber kein Standesbeamter im Rechtssinne an ihr teilgenommen.

Dieser letztgenannte Verstoss gibt allerdings zu Zweifeln Anlass, da Art.191 C.c.(gleichlautend) eine vor einem "unzuständigen Standesbeamten" geschlossene Ehe als vernichtbar bezeichnen. Unzweifelhaft betrifft dies zunächst den Fall der Eheschliessung an einem nach dem Gesetz für diese Partner nicht vorgesehenen Ort ²⁾, also die Unzuständigkeit des Standesbeamten *ratione personae*.

Einige Autoren ³⁾ bezeichnen aber auch den Fall, dass ein Standesbeamter ausserhalb seines Gebietes tätig wurde, als "Unzuständigkeit" (*ratione loci*). Sie übersehen jedoch dabei, dass die Frage nach der Zuständigkeit nur dann von Bedeutung werden kann, wenn überhaupt ein Standesbeamter im Rechtssinne mitgewirkt hat. Das bedeutet, dass sich für den in Nancy bestellten und dort weilenden Standesbeamten die Frage erheben kann, ob er zu der oder jener Eheschliessung berechtigt ist; dagegen kann sich diese Frage für die gleiche Person, solange sie sich etwa in Paris aufhält, überhaupt nicht stellen: Der Standesbeamte ist dort nicht nur zur Vornahme der oder jener Ehe-

2) Siehe oben § 18 I.

3) Colin-Capitant-de la Morandière No.217 und die dort zitierte ältere Literatur, De Page No.655.

schliessung nicht berechtigt, sondern zu überhaupt keiner ⁴⁾.

Es ist daher unrichtig, den ausserhalb seines Amtsgebietes tätigen Standesbeamten ⁵⁾ als "unzuständig" zu bezeichnen: Er ist in diesem Falle nicht Standesbeamter, auf sein Handeln kann die Vorschrift des Art. 191 C.c., die zumindest die Mitwirkung eines Standesbeamten im Rechtssinne voraussetzt, nicht angewandt werden.

Noch unrichtiger ist es deshalb auch, wenn etwa De Page ⁶⁾ diese Vorschrift auch noch im Falle einer fehlerhaften Bestellung des Standesbeamten für anwendbar erachtet ⁷⁾.

- 3) Es handelt sich also in den eben dargelegten Fällen einer fehlerhaften Bestellung des Standesbeamten und seiner Tätigkeit ausserhalb seines Amtsgebietes um die fehlende Mitwirkung eines Standesbeamten an der Eheschliessung überhaupt, ebenso wie etwa in den Fällen einer Eheschliessung vor einem Priester oder Notar.

B

- 1) Auch für die Fälle einer fehlenden Mitwirkung des Standesbeamten an der Eheschliessung erwähnt das Gesetz in

4) In der neueren Literatur ist dies die überwiegende, wenn auch überraschenderweise noch lange nicht herrschende Ansicht, nachdem man erkannt hat, dass sich die Frage nicht nach materiellem oder formellem Eheschliessungsrecht, sondern allein nach öffentlichem Recht entscheiden lässt, dem die amtliche Eigenschaft einer Person nur innerhalb bestimmter lokaler Grenzen geläufig ist. Dazu: Rouast No.275, Aubry-Rau-Esmein Bd.VII § 467, No.1, Beudant No.577.

5) Dieser Fall darf nicht mit der in Art.75 C.c.geforderten Eheschliessung im Gemeindehaus (Rathaus) verwechselt werden; auch wenn der Standesbeamte die Ehe ausserhalb des Gemeindehauses schliesst aber innerhalb seines Amtsbezirkes, handelt er als "Standesbeamter".

6) De Page No.655.

7) Cass.fr.vom 7.August 1883 in Sir.1884.1.5; Paris vom 20.August 1883 in Sir. 1884.2.20.

den Vorschriften der Art.180 ff C.c. nicht die Vernichtbarkeit. An der wesentlichen Fehlerhaftigkeit einer solchen Ehe können keine Zweifel bestehen. Es besteht jedoch Streit darüber, ob es sich um Fälle von offensichtlich vernichtbaren Ehen handelt oder um Nichtehen. Der Streit ist also der gleiche, wie er bereits bei Ehen von Personen nicht verschiedenen Geschlechtes ⁸⁾ und beim Fehlen einer gültigen Willenserklärung ⁹⁾ angeschnitten wurde.

- 2) Die ältere Lehre stand, wie bereits erwähnt wurde, unter dem Einfluss der Doktrin, die im Ancien Droit unbestritten gegolten hatten: "Pas de nullité sans texte". Nur dort also, wo eine Vernichtbarkeit im Gesetz ausdrücklich geregelt sei, komme eine solche in Betracht. Die Annahme einer offenbaren Vernichtbarkeit (nullité virtuelle) wurde abgelehnt ¹⁰⁾. Da auch damals keine Zweifel an der erheblichen Fehlerhaftigkeit solcher Ehen bestanden, wurden sie als Nichtehen (mariages inexistants) bezeichnet.
- 3) In neuerer Zeit erhoben sich jedoch gegen diese Lösung erhebliche Bedenken, vor allem unter Berücksichtigung der praktischen Bedeutung dieser Frage ¹¹⁾.
Wie sollte, so wurde gefragt, der Standesbeamte, vor dem der Abschluss einer neuen Ehe zwischen anderen Partnern beantragt werde, die tatsächlichen Voraussetzungen einer solchen "Nichtehe" überprüfen. Auch ginge es auf keinen

8) Siehe oben § 7 I a.E.

9) Siehe oben § 4 I a.E.

10) Demolombe Bd.III No.240, Laurent Bd.II No.271, 274; Jossierand No.794 und auch heute noch Balbingny S.22.

11) Rouast No.252 ff, Colin-Capitant-de la Morandière No.227 f, Beudant N.599, Planiol-Ripert-Boulanger No.971, 972, 980 ff, Aubry-Rau-Esmein § 450 No.1, De Page No.646 f, 758.

Fall an, dass im Rahmen eines für den Staat ebenso wie für die Gemeinschaft so wesentlichen Rechtsgebiets wie dem der Ehe, Personen sich berühen könnten, überhaupt nicht verheiratet zu sein, wenn doch in irgendeiner Form eine Eheschliessung einmal erfolgt sei und die entsprechenden Eintragungen in den Registern zu finden seien. Vor allem aber habe der vielgenannte Satz "pas de nullité sans texte" im Gesetz keine ausdrückliche Bestätigung erfahren. Im Gegenteil: Das Kapitel, das die Nichtigkeitsklagen behandelt, trage die Überschrift "Nichtigkeitsklagen", nicht dagegen "Nichtigkeitsgründe" (causes de nullité) und das Gesetz selbst formuliere immer: "Die Nichtigkeit kann geltend gemacht werden..." und nie: "Die Nichtigkeit kann nur geltend gemacht werden...".

Zu diesen Überlegungen lässt sich ein weiteres Argument vorbringen, das bisher keine Berücksichtigung gefunden hat. Liegt etwa der Staatsanwalt den Verdacht, dass zwei Personen nicht verschiedenen Geschlechts die Ehe miteinander eingegangen sind oder bestehen ganz erhebliche Zweifel an der Mitwirkung eines Standesbeamten, so wäre er, falls es sich hierbei um vernichtbare Ehen handelt, berechtigt, ein entsprechendes Nichtigkeitsverfahren einzuleiten. Kommt man dagegen zu der Annahme, dass es sich in solchen Fällen regelmässig um Nichtehe handelt, so wäre er zur Untätigkeit gezwungen; denn keine gesetzliche Vorschrift gestattet ihm, ein darauf gerichtetes Feststellungsverfahren einzuleiten.

Das praktische Ergebnis, das eine ausserordentliche Rechtsunsicherheit bei solchen Gegebenheiten zur Folge hätte, vor allem etwa dort, wo ein Fehler in der Bestellung des Standesbeamten vorlag, der sich regelmässig nur nach schwierigen rechtlichen Feststellungen einwandfrei ermitteln lässt, zwingt also dazu, die rechtliche Folge einer

"Nichtehe" nur dann gut zu heissen, wenn sich ein anderes Ergebnis unter keinen Umständen aufrecht erhalten lässt.

- 4) Das ist aber nicht der Fall. Tatsächlich zwingt keine gesetzliche Vorschrift, wie die modernen Autoren mit Recht ausführen, zu der Annahme, dass der Satz "pas de nullité sans texte" in das Gesetz Eingang gefunden hat. Zudem sind wir der Annahme, dass dieser doktrinäre Satz von der älteren Wissenschaft missverstanden worden ist. Es konnte im Laufe der Arbeit schon verschiedentlich darauf hingewiesen werden, dass die gesetzlich formulierten Regeln über die Vernichtbarkeit einer Ehe einer ausdehnenden Auslegung oder analogen Anwendung nicht zugänglich sind. So gesehen, gewinnt der genannte Satz seine volle Berechtigung: Eine Nichtigkeitsklage gegen eine Ehe ist in entsprechender Anwendung eines Gesetzestextes nicht möglich ¹²⁾. So können die Nichtigkeitsregeln hinsichtlich der Eheschliessung von Verwandten nicht, wie gezeigt wurde, auf die Ehen im Rahmen eines Adoptionsverhältnisses ausgedehnt werden. Dort aber, wo Erfordernisse grundlegender Art ¹³⁾, wie sie für jede Eheschliessung zu gelten haben, verletzt wurden und damit an der Ungültigkeit einer solchen fehlerhaften Ehe keine Zweifel bestehen können, ist der genannte Satz unanwendbar, da er über

12) So beispielsweise Brüssel vom 17. März 1920 in Pas. belge 1920.II.78.

13) Beudant No. 601 ff spricht hier mit Recht von "conditions substantielles", die unmittelbar dem Begriff der Ehe zu entnehmen sind und deren Summe ihr Wesen bestimmt: Die geschlechtliche Verschiedenheit der Ehepartner; denn die Ehe ist eine Verbindung von einem Mann und einer Frau. Zum anderen das Erfordernis von wirksamen Willenserklärungen seitens der Partner; denn die Ehe beruht auf einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung. Und letztlich die Mitwirkung des Standesbeamten; denn eine Ehe im Rechtssinne ist nur diejenige, die vor einem Standesbeamten geschlossen wurde.

die in ihm wohnenden Grenzen hinausgeht ¹⁴⁾. Die Frage, ob in solchen Fällen eine vernichtbare Ehe oder eine Nichtehe angenommen werden muss, kann mit diesem Satz nicht beantwortet werden.

- 5) Dagegen scheint Art.146 C.c. zunächst einen Anhaltspunkt zu bieten, da er seinem Wortlaut nach ¹⁵⁾ auf den Tatbestand einer Nichtehe hindeutet und sich eine zu ihm gehörende Nichtigkeitsvorschrift in den Art.180ff C.c. zunächst nicht fand und bisher auch nur in Frankreich durch eine neuere Novelle eingefügt wurde. Doch wurde bereits dargelegt ¹⁶⁾, dass die Rechtsprechung zu dieser Vorschrift solche Fälle nie als Nichtehe wertet, sondern einen Verstoss gegen sie regelmässig nur unter die Vorschrift des Art.180 C.c.(Willensmängel) subsumiert hat (relative Vernichtbarkeit), was äusserst angreifbar erscheint ¹⁷⁾.

14) Wir anerkennen also, im Gegensatz zu der überwiegenden neueren Lehre in Frankreich und Belgien, die Berechtigung dieses Begriffes, sehen uns aber nicht gezwungen, aus ihm auch alle abstrakt-logischen Konsequenzen zu ziehen. Ein solcher Obersatz kann nie als ein selbständiges Absolutum gewertet werden, sondern ist nur insoweit zu berücksichtigen, als er die einander widerstreitenden Interesse des zu regelnden Einzelfalles einer echten Lösung - im Gegensatz zu einer logisch konstruierten - zuzuführen vermag.

15) Il n'y a pas de mariage s'il n'y a point de consentement. "Ohne eine gültige Willenserklärung gibt es keine Ehe". (wörtlich übersetzt).

16) Siehe oben Kap. I § 3 Seite 32.

17) Art.180 C.c. behandelt die Willensmängel, setzt also eine, wenn auch fehlerhafte Willenserklärung voraus. Art.146 C.c.dagegen behandelt die Fälle einer fehlenden Willenserklärung, mag dies nun an der fehlenden Willensfähigkeit des Erklärenden oder an dem Fehlen einer Erklärung überhaupt liegen. Dies zeigt, dass bei einer exakten Interpretation Art.180 C.c. nie als eine der Vorschrift des Art.146 C.c.korrespondierende Nichtigkeitsvorschrift gewertet werden kann. Der französische Gesetzgeber hat dies auch erkannt und Art.146 C.c. nunmehr in den Katalog der absoluten Nichtigkeitsgründe in Art.184 C.c. aufgenommen.

Diese Subsumtion unter Art.180 C.c. ist jedoch nur eine Verschleierung des eigentlichen Grundes, der die Gerichte zu der Annahme einer relativen Vernichtbarkeit statt zu der einer Nichtehe führte; denn es war das unverkennbare Ziel des Gesetzgebers des Code civil, jede erdenkliche Rechtsunsicherheit auf dem Gebiet des Eherechtes zu vermeiden, weshalb eine fehlerhafte Eheschliessung, wenn überhaupt erforderlich, so ausnahmslos der gerichtlichen Vernichtung unterliegen sollte. Dies kommt in den Gesetzesberatungen deutlich zum Ausdruck und gipfelt in der Formulierung Tronchets, der einer der massgeblichen Schöpfer des Code civil war : "Jamais le mariage est nul de plein droit, il y a toujours une apparence à détruire" ¹⁸⁾.

Aus der Gesamtheit dieser Überlegungen, dass nämlich das Gesetz zu keinem Fall der Verletzung eines der drei grundlegenden Erfordernisse einer Eheschliessung die Vernichtbarkeit ausdrücklich bestimmt hat ¹⁹⁾, dass der Satz "Pas de nullité sans texte" im Gesetz nicht nachzuweisen ist und zudem in dem von der älteren Lehre behaupteten Umfang nicht zwingend ist, und dass letztlich der Gesetzgeber ausdrücklich für jeden Fall der Fehlerhaftigkeit einer Eheschliessung deren Vernichtbarkeit erstrebte, muss in diesen genannten drei Fällen ²⁰⁾ die Vernichtbar-

18) "Eine Eheschliessung ist nie rechtlich völlig wirkungslos, es ist immer ein Rechtsschein zu beseitigen." Locré Bd.IV S.437, siehe auch S.412, 424, 426.

19) Ausgenommen ist nach geltendem französischem Recht nunmehr der Fall des Fehlens einer gültigen Willenserklärung gemäss Art.146 C.c., da diese Vorschrift nunmehr über Art. 184 C.c.fr. bei einem Verstoss gegen sie in Form einer absoluten Vernichtbarkeit berücksichtigt wird.

20) Nur Verstösse gegen diese drei grundlegenden Erfordernisse kommen in diesem Rahmen in Betracht, darauf sei nochmals hingewiesen; denn im übrigen gilt der Satz "pas de nullité sans textes", d.h. im Zweifel kann eine, wenn auch fehlerhaft geschlossene Ehe in den übrigen Fällen nicht als vernichtbar angesehen werden.

keit einer solchen Ehe auf Grund einer die gesetzliche Lücke ausfüllenden offenbaren Vernichtbarkeit angenommen werden.

- 6) Doch schliessen diese Überlegungen die praktische Möglichkeit einer Nichtehe nicht völlig aus; denn um eine offenbare Vernichtbarkeit in den dargelegten Fällen annehmen zu können, muss wenigstens andeutungsweise der Tatbestand einer Eheschliessung gegeben sein, oder, wie Tronchetti es formulierte, zumindest ein Rechtsschein (appearance); denn jede gerichtliche Vernichtung dient der Beseitigung dieses Rechtsscheins, wenn die gesetzliche Konstruktion der Rechtssicherheit wegen auch die vernichtbare Ehe zunächst als gültig bestehend fingiert. Erfolgte also eine Eheschliessung ganz offensichtlich nur vor einem Priester oder etwa einem Notar, so kann dadurch nicht einmal der Schein einer wirksamen Eheschliessung erweckt werden. Eine solche Ehe ist dann als Nichtehe anzusehen ²¹⁾.
- 7) In den praktisch wesentlichsten Fällen einer fehlerhaften Bestellung des Standesbeamten ist die Ehe daher vernichtbar. Hat sich dagegen eine unzweifelhaft unqualifizierte Person das Amt eines Standesbeamten angemasst, so wird man wesentlich darauf abzustellen haben, ob von dieser Person eine Heiratsurkunde aufgenommen oder die entsprechenden Eintragungen im Standesregister getätigt wurden (Rechtsschein!).
- 8) Ist die Voraussetzung der geschlechtlichen Verschiedenheit der Ehepartner verletzt, so werden wir, in Anwendung der gerade entwickelten Grundsätze, in aller Regel ebenfalls die Vernichtbarkeit der Ehe annehmen müssen. Denn es müsste schon ganz offensichtlich sein, dass die Part-

21) Rouast No.255, Planiol-Ripert-Boulanger No.583 ff, Voirin No.122.

ner nicht verschiedenen Geschlechtes sind, um den an sich durch die Eheschliessung bewirkten Rechtsschein dennoch nicht entstehen zu lassen²²⁾.

Das gleiche würde für das Fehlen von übereinstimmenden Willenserklärungen gelten. Doch bestimmt in Frankreich neuerdings Art.184 C.c.fr. unterschiedslos in allen solchen Fällen die absolute Vernichtbarkeit, während die Gerichte in Belgien und Luxemburg nur die relative Vernichtbarkeit solcher Ehen entsprechend Art.180 C.c. annehmen²³⁾.

- 9) Die höchstrichterliche Rechtsprechung in Frankreich und Belgien hat das hier vorgetragene Ergebnis im wesentlichen ständig vertreten, ist aber nur ganz selten einmal zu der Annahme einer Nichtehe gelangt²⁴⁾, obwohl sie andererseits selbst lange den Satz "pas de nullité sans texte" im Sinne der älteren Lehre vertreten hat²⁵⁾. Sach

22) Im deutschen Recht führt das Fehlen dieser Voraussetzung immer zur Nichtehe. - Siehe oben § 7 II a.E.

23) Siehe oben § 4 unter B I Ziff. 5.

24) Cass.fr. vom 30.Juli 1900 in Sir.1902.1.225. ("Le mariage passé en France devant un cōsul étranger entre un étranger et une Française, tous deux domicilié en France est inexistant"). Bastia vom 18. Febr.1888 in Sir.1889.2.177 sowie Nîmes vom 17.Juni 1929 in Sir.1929.2.129.

25) Cass.fr.vom 9.Jan.1821 in Sir.1821.1.157, Cass.fr. vom 12.Nov.1844 in Sir.1845.1.246, Douai vom 28.Dez. 1908 in D.P.1909.2.102. - Nicht zu Unrecht bezeichnen daher Heinsheimer-Wolff (Anm. zu Art.1304 C.c.fr.) die Differenzierung zwischen vernichtbarer Ehe und Nichtehe als eines der "dunkelsten Kapitel" der französischen Lehre und Rechtsprechung. Ebenso: Loyer "Les actes inexistents" S.19 ff, dessen Versuch einer Klärung aber nur zu weiteren Komplikationen und Verwirrungen geführt hat.

lich ist sie fast immer von der Vernichtbarkeit einer derartig fehlerhaften Ehe ausgegangen ²⁶⁾. So finden sich gerade einige interessante höchstrichterliche Entscheidungen, welche die Annahme einer Nichtehe durch Untergerichte ablehnten und die fraglichen Urteile aufhoben ²⁷⁾.

Die angeführten Entscheidungen lassen sich daher in ihrer überwiegenden Zahl nur zur Stützung des hier vertretenen Ergebnisses, nicht dagegen zu dessen Begründung anführen; denn entweder entnehmen sie das Ergebnis direkt der Vorschrift des Art.191 C.c., was wir als unrichtig glauben nachgewiesen zu haben, oder aber sie nehmen die Vernichtbarkeit im Gegensatz zur Nichtehe an, ohne dafür irgend eine nähere Begründung zu geben. Unverkennbar sind dabei die meisten Entscheidungen vom gewünschten Ergebnis her gefällt. So zum Beispiel die Entscheidungen Bordeaux vom 5. Februar 1883 a.a.O. und vor allem Paris vom 24. April 1926 a.a.O., die aus Billigkeitsgründen die Anwendbarkeit der Vorschriften über die gutgläubig eingegangene vernichtbare Ehe (Art.201 f C.c., übereinstimmend) anzuwenden bemüht waren, was bei Annahme einer

26) So etwa Cass.fr.vom 7.August 1883 in Sir.1884.1.5, Cass.fr.vom 6.April 1903 in Sir.1904.1.273, Cass.fr.vom 5.Jan. 1910 in Sir.1912.1.249, Paris vom 20. August 1883 in Sir.1884.2.20. Nîmes vom 20.Nov.1869 in Sir.1870.2.78, Montpellier vom 8.Mai 1872 in Sir.1872.2.272.

27) Bordeaux vom 5.Febr. 1883 in Sir.1883.2.137, Paris vom 24.April 1926 in D.P.1927.2.9., Bordeaux vom 16. Juni 1937 in D.H.1937.539. - Siehe auch Brüssel vom 13.März 1951 in J.B.1951 S.266 Ziff. 7.

Nichtehe nicht möglich ist 28).

Nur die Entscheidungen des Appellhofes von Paris und des Appellhofes von Bordeaux beschäftigen sich mit der Grundlage der Vernichtbarkeit und ihrer Abgrenzung gegenüber der Nichtehe eingehend 29). Allerdings lassen sie einen neuen Problemkreis erkennbar werden: Auch die Nichtehe setzt einen gewissen, die Abschliessung andeutenden Tatbestand voraus, nur dass dieser nicht den Anschein einer möglicherweise gültigen Ehe bewirken darf. Es ist daher unrichtig, wenn als Fall einer Nichtehe gelegentlich das völlige Fehlen einer Abschliessungshandlung (défaut absolu d'une célébration) genannt wird 30); denn das Konkubinat ist zum Beispiel keine Nichtehe 31). Zwar sind ihrer zivilrechtlichen Wirkung nach Konkubinat und Nichtehe gleich, nämlich beide am Tatbestand der Ehe gemessen ein rechtliches Nichts. Der Unterschied zeigt sich

28) Anderer Ansicht noch Cass.fr.vom 5.Jan.1910 a.a.O. dann aber richtig. Bordeaux vom 16.Juni 1937 a.a.O. und Limoges vom 7.Juni 1929 in Sir.1929.2.129. - Diese Rechtsprechung wurde dann wohl auch dafür massgebend, dass gelegentlich die Ansicht vertreten wird, eine Differenzierung zwischen Nichtehe und vernichtbarer Ehe könne überhaupt nicht getroffen werden; so vor allem Colin-Capitant- de la Morandière No.228. - Auch Boudant No.606 ff lehnt den Begriff der Nichtehe ab, indem er die Tatbestände einer nullité virtuelle absolue derart weit ausdehnt, dass für den Rechtsbegriff der Nichtehe kein Raum mehr bleibt und dieser überflüssig wird; ein Ergebnis, das sich bei richtiger Wertung des Sinnes und der Funktion der Vernichtung einer Ehe nicht aufrecht erhalten lässt.

29) Bordeaux a.a.O.: "La notion d'inexistence du mariage a un domaine très restreint et doit être limité aux hypothèses dans lesquelles le mariage n'a même pas l'apparence de validité telle que celle d'identité incontestable de sexe ou de défaut absolu de célébration. Il en est autrement lorsqu'il existe une titre ou une apparence qu'il faut détruire..."

30) Beachte den Wortlaut der Entscheidung in der vorhergehenden Fussnote.

31) Boudant No.606; siehe auch oben Fussnote 26.

jedoch im Prozessrecht: Kann der Tatbestand einer Nichtehe angenommen werden, so ist das Rechtsschutzinteresse zur Feststellung im Wege der Klage immer gegeben, während dies bei Partnern eines reinen Konkubinats nicht der Fall ist.

Praktisch bedeutet dies, dass die Erscheinungsformen der Nichtehe nicht derart eingeschränkt werden dürfen, dass sie letztlich mit Tatbeständen, wie etwa denen des Konkubinats, zusammenfallen, vielmehr muss sie zwischen diesem und der, zwar grundlegend fehlerhaften, aber doch mit dem Schein der Gültigkeit behafteten Eheschliessung auch tatsächlich zur Anwendung gelangen als ein rechtlich völlig fehlgeschlagener, aber doch immerhin, wenn auch vielleicht nur scherzhaft oder sonst nicht ernsthaft unternommener Versuch ³²⁾. Insofern erscheinen die beiden genannten Entscheidungen der Appellhöfe von Bordeaux und Paris bedenklich, da sie die jeweils vor einem Priester, wenn auch nicht in Frankreich, geschlossene Ehe als vernichtbar ansahen; denn solche Eheschliessungen müssen regelmässig als das charakteristische Anwendungsgebiet für den Begriff der Nichtehe angesehen werden.

- 9) Als geltender Rechtszustand in den Ländern Frankreich, Belgien und Luxemburg ist daher festzuhalten, dass eine Ehe im Falle der fehlenden Mitwirkung eines Standesbeamten grundsätzlich vernichtbar ist, es sei denn, es ist nicht einmal der Anschein einer möglicherweise gültigen Eheschliessung entstanden. In einem solchen Fall handelt es sich um eine Nichtehe.

Das gleiche gilt bei einer Eheschliessung zwischen Personen nicht verschiedenen Geschlechts: Nur wenn zwei Personen unstreitig gleichen Geschlechtes die Ehe miteinander eingegangen sind, handelt es sich um eine Nichtehe.

32) Aix vom 19. Nov. 1947 in J.C.P. Nr. 4254.

C 1) Die bisherige Untersuchung diente der Abgrenzung von vernichtbarer Ehe und Nichtehe, massgeblich hier für den Fall der fehlenden Mitwirkung eines Standesbeamten bei der Eheschliessung. Sie ging davon aus, dass eine solche als Fehlen eines grundlegenden Erfordernisses zumindest die absolute Vernichtbarkeit einer Ehe herbeiführen müsse. Eine Abstufung erscheint auch nur zur Grenzziehung zwischen vernichtbarer Ehe und Nichtehe möglich, dagegen nicht in der Weise, dass einzelne Fälle von Eheschliessungen trotz fehlender Mitwirkung eines Standesbeamten noch als gültig angesehen werden könnten; denn auf welche tatsächliche Art auch immer bewirkt, handelt es sich doch jeweils um das unbesweifelbare Fehlen eines grundlegenden Erfordernisses zur Eheschliessung.

2) Dennoch wendet die Rechtsprechung auch hier die Vorschrift des Art. 193 U.c. an, aus der sie, wie bereits erwähnt, für sich allgemeines Recht zur Würdigung des jeweiligen Einzelfalles herleitet. Man sinnt allerdings zunächst vergeblich, wie eine solche Würdigung erfolgen soll, da doch jeder Verstoss das gleiche objektive Bild ergibt. Die Rechtsprechung würdigt aber jeden Einzelfall unter zwei Gesichtspunkten: Einmal objektiv nach der "Schwere" ³³⁾ des Verstosses, wobei vor allem die fehlerhafte Bestellung eines Standesbeamten als ein geringerer Verstoss erachtet wird ³⁴⁾, zum anderen subjektiv, d.h.

33) Ein anderer Ausdruck lässt sich nicht finden, obwohl nicht übersehen werden darf, dass es sich hierbei nur um eine Schwere des Falles im Tatsächlichen, nicht im Rechtlichen handelt; denn vom grundlegenden Erfordernis der Mitwirkung eines Standesbeamten her gesehen ist es völlig gleichgültig, in welcher tatsächlichen Gestalt sich dieses Fehlen äussert.

34) Es sei auf den im französischen Rechtsgebiet berühmten Fall der "Ehen von Montrouge" hingewiesen. Bei der Bestellung des Standesbeamten war ein schwerer Fehler unterlaufen. Der vom Staatsanwalt gegen eine Reihe von dieser Person getrauten Ehen erhobene Nichtigkeitssklage wurde vom Instanzgericht stattgegeben.

unter Berücksichtigung der Frage, ob die Eheschliessen-
den von der mangelnden Eigenschaft der als Standesbeam-
ter mitwirkenden Person Kenntnis hatten, sich also gege-
benenfalls bewusst über die gesetzlichen Vorschriften
hinweggesetzt haben ³⁵⁾.

- 3) Die ständige Rechtsprechung zu dieser Frage lässt sich
etwa so zusammenfassen, dass die unter Mitwirkung des -
nach öffentlichem Recht - fehlerhaft bestellten Standes-
beamten und des Standesbeamten ausserhalb seines Amtsbe-
zirks geschlossene Ehe grundsätzlich als gültig zu er-
achten ist, vorausgesetzt dass die Eheleute keinen be-
wussten Verstoss gegen die gesetzlichen Regeln (fraude
à la loi) planten.
- 4) Aus dieser Zusammenfassung, die sich nicht weiter präzi-
sieren lässt, wird deutlich, welche Unsicherheiten bei
Beurteilung des Einzelfalles hier in Kauf zu nehmen sind,
zugunsten aber einer beachtenswerten Einschränkung der
rigor iuris. Diese ehefreundliche Rechtsprechung ist zu
begrüssen. Sie wurde auch einhellig von der gesamten
Lehre übernommen ³⁶⁾. Allerdings möchten wir nochmals

34) Fortsetzung... (Tribunal de la Seine vom 23. Febr.
1883 in D.P. 1883.2.49 ff). Die Folge war ein Sturm
der Entrüstung. Auf die Berufung eines Teils der Ehe-
leute hin und auf die Kassationsbeschwerde des Staats-
anwalts ("im Interesse des Rechtes"!) hinsichtlich
der anderen Ehen, wurden diese Ehen auf Grund freies-
ter richterlicher Tatsachenwürdigung für gültig er-
klärt: Cass. vom 7. August 1883 in Sir. 1884.1.5 und
Paris vom 20. August 1883 in Sir. 1884.2.20. So auch
Cass. crim. vom 18. Febr. 1942 in D.A. 1942.J.83.

35) Tribunal de la Seine vom 11. Dez. 1908 in Gaz. Pal. 1909.
2.190. - Im übrigen wurde die wesentlichste Ausprä-
gung dieses Gedankens bereits oben § 17 I unter Ziff.
6 dargelegt; auf die dort angegebene Rechtsprechung
kann verwiesen werden.

36) Rouast No. 277, Aubry-Rau-Esmein Bd. VII § 467 S. 149
und Fussnote 20/2, Fuzier-Herman No. 9 zu Art. 191 C.c.
Colin-Capitant-de la Morandière No. 217, De Page
No. 655, Heinsheimer-Wolff Anm. zu Art. 191 C.c.

erwähnen, dass das Ergebnis nur auf einer der Billigkeit entsprechenden, freien richterlichen Rechtsfindung beruht und nicht einer exakten Textinterpretation entspricht³⁷⁾.

D Lehnt der Standesbeamte seine Mitwirkung bei der Eheschliessung ab und sind die Brautleute der Ansicht, alle Erfordernisse einer Eheschliessung erfüllt zu haben, so steht ihnen einmal die Beschwerde an die Aufsichtsbehörde des Standesbeamten zu, zum anderen aber haben sie die Möglichkeit, vor den ordentlichen Gerichten auf Vornahme der Eheschliessung zu klagen³⁸⁾, ³⁹⁾.

II 1) In Deutschland ist die obligatorische Zivilehe, nach einigen Vorläufern in der Gesetzgebung einzelner Länder,⁴⁰⁾ insbesondere jenen, die den Code civil als geltendes Recht übernommen hatten, für im ganzen Reichsgebiet erst

37) Siehe dazu ebenfalls oben § 17 I Ziff. 6. - Der Entwurf der französischen Kommission zur Reform des Code civil hat das Ergebnis der Rechtsprechung zu seinem Ausgangspunkt gemacht und schlägt vor, dass die Vernichtbarkeit nur dann die Folge eines solchen Verstosses sein soll, wenn dieser schwerwiegend ist und in der Absicht der Gesetzesumgehung geschah (violation grave ou frauduleuse). Leider soll damit die unserer Ansicht nach unrichtige Würdigung subjektiver Einstellungen der Ehegatten weiterhin erfolgen, obwohl diese Vorschriften gerade keinerlei Strafcharakter enthalten sollten.

38) De Page No. 626.

39) Zur Frage der Bereitschaft des Standesbeamten zur Eheschliessung siehe unten § 23 I.

40) Siehe die vollständige Zusammenstellung im Bericht der 3. Reichstagskommission in Sten. Ber. 1873 Bd. IV S. 683 ff.

mit dem Reichspersonenstandsgesetz von 1875 eingeführt worden und gelangte von dort, trotz verschiedentlich lebhafter gegenteiliger Bestrebungen, in das bürgerliche Gesetzbuch von 1896. Seitdem kann die obligatorische Zivilehe als gesicherter Bestandteil unseres Zivilrechts angesehen werden, wenn auch heute wieder vereinzelt die Einführung der fakultativen Zivilehe angeregt wird.

- 2) Die Ehe kann demnach auch nach deutschem Recht einzig vor dem Standesbeamten geschlossen werden, § 11 EheG 46. Eine Ausnahme von diesem wesentlichsten Erfordernis kennt das Gesetz selbst für eiligste Fälle, etwa der unmittelbar drohenden Lebensgefahr für einen der Verlobten, nicht.

Wer Standesbeamter ist, bestimmt sich auch in Deutschland nach öffentlichem Recht. Der Standesbeamte wird ausdrücklich bestellt (§ 53 PStG) und ihm wird ein Standesamtsbezirk zur Dienstausübung übertragen (§§ 52, 53 PStG). Ausserhalb dieses Bezirkes ist der so bestellte Standesbeamte kein Standesbeamter und, wie jede andere Person, zur Vornahme von Eheschliessungen weder berechtigt noch geeignet ⁴¹⁾. Jedoch kann ein Standesbeamter gleichzeitig mit der Wahrnehmung der Amtsgeschäfte in einem benachbarten Bezirk betraut werden (§ 56 PStG). Er ist dann Standesbeamter in beiden Bezirken.

- 3) Ohne die Mitwirkung eines Standesbeamten kommt eine Ehe nicht zustande, wie das Gesetz mit den Worten: "Eine Ehe kommt nur zustande, wenn.." formuliert. Eine ohne diese Mitwirkung geschlossene Ehe ist eine "Nichtehe" ⁴²⁾, die

41) Hoffmann-Stephan Anm. 4 A, Palandt-Lauterbach Anm. 3 Gerold Anm. 5 je zu § 11 EheG 46, v. Godin Anm. 2 zu § 15 EheG 46, Volkmar Anm. 2 zu § 15 EheG 38, Beitzke § 7 I Ziff. 1, Lehmann S. 31. - Zur Frage der Bereitschaft des Standesbeamten siehe unten § 23 II.

42) v. Godin Anm. 4, Hoffmann-Stephan Anm. 3, Achilles-Greifff Beitzke Anm. 1, Palandt Anm. 2, Rosenthal Anm. je zu § 11 EheG 46. Auch Gerold (Anm. 1 zu § 11 EheG 46) und Lehmann (S. 35) nehmen dies an, wenn ihre Formulierung mit "unheilbar nichtig" in diesem Zusammenhang auch ausserordentlich irreführend ist.

dem deutschen Recht seit der früheren Bestimmung des § 1317 BGB bekannt ist. Diese Folgerung aus dem Gesetz ist nicht zu bezweifeln und verdeutlicht die zentrale und ausschlaggebende Stellung des Standesbeamten bei der Eheschliessung.

Um jedoch die Folgen eines von den Brautleuten nicht überprüfbaren Fehlers bei der Bestellung des Standesbeamten oder einer ähnlichen Erscheinung nicht auf diese abzuwälzen, trifft das Gesetz in § 11 Abs. II EheG 46 eine Billigkeitsregelung: Hat der "Standesbeamte", der in Wirklichkeit kein Standesbeamter ist, diese Stellung öffentlich ausgeübt, so gilt er als Standesbeamter, wenn er die Eheschliessung in das Familienbuch eingetragen hat 43). Der sonst unwesentlichen Eintragung 44) kommt in diesem Zusammenhang also konstitutive Bedeutung zu. Obwohl das Gesetz hier einem an sich unwesentlichen Element entscheidende Bedeutung für die Gültigkeit der Eheschliessung beilegt, handelt es damit doch nicht willkürlich. Der Sinn dieser Regelung liegt in der Annahme, dass regelmässig nur Personen, denen wenigstens eine gewisse amtliche Eigenschaft zukommt, Zugang zu diesen Büchern haben, während solche, die sich das Amt eines Standesbeamten bewusst anmassen, eine Eintragung nicht möglich sein wird. Vor allem aber sollte das subjektive Element des früheren § 1319 BGB beseitigt und durch ein objektives, leichter feststellbares Tatbestandsmerkmal ersetzt werden, das nach der Ansicht des Gesetzgebers die Rechtssicherheit besser wahren werde. 45)

43) Nach § 1319 BGB war in einem solchen Fall nicht die Eintragung der Eheschliessung im Heiratsregister wesentliches Gültigkeitselement, sondern der gute Glaube beider Verlobten an die amtliche Eigenschaft der als Standesbeamter auftretenden Person.

44) Siehe unten § 23.

Die Bestimmung beschränkt sich also praktisch darauf, nachteilige Folgen für die Parteien infolge eines Fehlers bei der Bestellung des Standesbeamten oder seiner Amtsausübung in einem ihm nicht zukommenden Bezirk zu vermeiden. Im Ergebnis stimmt diese Regelung also mit der dargestellten Rechtsprechung zu den Art. 191, 193 C.c. überein ⁴⁶⁾.

Nicht zu übersehen ist aber auch, dass mit dieser Eintragung ein objektiver Rechtsschein ⁴⁷⁾ erweckt wird, wie er bei der Abgrenzung von Nichtehe und vernichtbarer Ehe nach den Rechten des Code civil von entscheidender Bedeutung ist. Nach deutschem Recht führt aber dieser "Rechtsschein" nicht nur von der Nichtehe zur vernichtbaren Ehe, sondern von der Nichtehe zur voll gültigen Ehe. Vor allem aber tritt die Wirkung des § 11 Abs. II EheG unabhängig davon ein, ob die Eheschliessenden Kenntnis oder keine Kenntnis von der Tatsache hatten, dass ein Nichtstandesbeamter mitgewirkt hatte. ⁴⁹⁾

-
- 45) Amtliche Begründung zum EheG 38, zu finden bei Volkmar S. 480 oben.
§ 11 Abs. II EheG 46 entspricht wörtlich dem § 15 Abs. II EheG 38.
- 46) Allerdings hätte z.B. die oben genannte Entscheidung des französischen Kassationshofes vom 30. Juli 1900 nach deutschem Recht zu einem anderen Ergebnis geführt: Dort hatte in Abwesenheit seines Vaters der Sohn des Standesbeamten die Eheschliessung vorgenommen und auch die entsprechenden Urkunden ausgestellt und Registereinträge gefertigt.
Da es sich um den krassen Fall der Usurpation handelte, hat der Kassationshof zu Recht die Nichtigkeit der Ehe ausgesprochen, während sie nach deutschem Recht als voll gültig hätte angesehen werden müssen.
- 47) Siehe Beitzke § 10 I.
- 48) Es handelt sich bei dieser Bestimmung nicht um eine echte Rechtsscheinwirkung; denn der Rechtsschein ist nach dem System des deutschen Rechtes nur die Grundlage für das entsprechende Vertrauen der Beteiligten. Die gesetzliche Folge gründet sich dann aber auf dieses schutzwürdige Vertrauen (z.B. § 932 BGB). Eines solchen Vertrauens bedarf es aber hier gerade nicht.

So eigentümlich dies auch zunächst erscheinen mag, so ist dies doch eine nicht zu bezweifelnde Folge der zur Gültigkeit der Ehe führenden rein objektiven, vom Willen und den Vorstellungen der Parteien unabhängigen Eintragung, auf die allein das Gesetz abstellt.

- 4) Verweigert der Standesbeamte seine Mitwirkung an einer geplanten Eheschliessung sind die zukünftigen Ehegatten der Ansicht, dass kein Grund zu einer solchen Verweigerung vorliegt, so haben sie, genau wie nach den Rechten des Code civil, die Möglichkeit, entweder Dienstaufsichtsbeschwerde einzulegen oder ein Verfahren im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor dem Amtsgericht einzuleiten mit dem Ziel, dass der Standesbeamte zur Vornahme der Eheschliessung gerichtlich angehalten wird (§§ 45 und 48 PStG).

- III 1) Während also der Rahmen der Nichtehe für den Fall einer fehlenden Mitwirkung des Standesbeamten bei der Eheschliessung nach beiden Rechtssystemen etwa gleich ist - denn auch nach den Rechten des Code civil ist im praktischen Einzelfall bei Beurteilung der Frage, ob der Schein einer gültigen Eheschliessung erweckt wurde, mass-

48) Fortsetzung... Es erscheint uns daher auch zweifelhaft, ob wir hier überhaupt mit Beitzke von "Rechtsschein" sprechen können; denn der objektive Tatbestand, auf den sich dieser "Rechtsschein" gründet, führt unmittelbar zur gesetzlichen Folge (Gültigkeit der Eheschliessung).

Dagegen normierte § 1319 BGB früher für diesen Fall eine echte Rechtsscheinwirkung (siehe oben Fussnote 39).

- 49) Hoffmann-Stephan Anm.4B, Gerold Anm.5 je zu § 11 EheG 46, Volkmar Anm.3b zu § 15 EheG 38. - Die hier vertretene Lösung kann nach einem Vergleich der alten Vorschrift des § 1319 BGB mit der neueren des § 15 EheG 38, aus der § 11 EheG 46 hervorging, nicht mehr bezweifelt werden.

geblich darauf abzustellen, ob eine Heiratsurkunde aufgenommen worden ist - ist der Unterschied hinsichtlich der Frage, ob eine solche Ehe als gültig angesehen werden kann, erheblich: Das deutsche Recht macht die Gültigkeit einer solchen Ehe allein und unabhängig von den Vorstellungen der Eheschliessenden von dem Auftreten der als Standesbeamter mitwirkenden Person nach aussen hin und der Eintragung ins Familienbuch abhängig. Dagegen muss nach dem durch die Rechtsprechung und Lehre in Frankreich, Belgien und Luxemburg entwickelten und dann geltenden Rechtszustand auf die Schwere des Verstosses und die subjektive Einstellung der Eheschliessenden abgestellt werden. Danach unterliegen eine Reihe praktischer Fälle nach den Rechten des Code civil der Vernichtung, die nach deutschem Recht gültige Ehen sind. Auch darf nicht übersehen werden, dass sich die Frage, ob die Ehe vernichtbar ist, nach deutschem Recht in diesem Zusammenhang nicht stellen kann: Entweder handelt es sich in einem solchen Fall um eine Nichtehe oder um eine gültige Ehe.

- 2) Der Regelung des deutschen Rechtes ist hier der Vorzug zu geben, da sie auf Grund eines sich allein an objektiven Gegebenheiten ausrichtenden Tatbestandes jede Unsicherheit bei Beurteilung praktischer Einzelfälle vermeidet und damit eine gerade auf dem Gebiet des Eherechtes nicht zu überschätzende Rechtsicherheit garantiert.

An der Regelung der Länder des Code civil stört vor allem auch in diesem Zusammenhang wieder die Berücksichtigung der subjektiven Vorstellungen und Absichten der Ehepartner; denn die Vernichtung einer Ehe sollte sich nicht, wie schon wiederholt betont, als eine Bestrafung der Ehepartner für eine mehr oder minder absichtliche Vernachlässigung gesetzlicher Vorschriften darstellen, sondern allein danach beurteilt werden, ob eine ohne Mitwirkung

eines Standesbeamten erfolgte Eheschliessung aufgrund objektiver Mindestanforderungen noch aufrecht erhalten werden kann oder nicht.

- 3) Von geringerer Bedeutung erscheint dagegen die Frage, ob dem französischen, belgischen und luxemburgischen Gesetzgeber die Normierung der Nichtehe zu empfehlen ist, so sehr auch nach diesen Rechten, systematisch im Hinblick auf die grundlegenden Anforderungen jeder Eheschliessung, befriedigt. Denn die häufig aus Gründen der Billigkeit erwünschte Anwendbarkeit der Vorschriften über die Folgen einer vernichteten Ehe (Art. 201, 202 C.c.; entsprechend auch §§ 25 ff EheG 46) sprechen für eine möglichst weite Ausdehnung der Vernichtbarkeit und entsprechende Einschränkung des Begriffes der Nichtehe, ohne dass dieser aber völlig beseitigt werden sollte ⁵⁰⁾.

50) Die Gesetzesberatungen zur Reform des Code civil lassen deutlich die Abneigung der französischen Wissenschaft vor dem Institut der Nichtehe erkennen; so wurde wie bereits erwähnt, im Entwurf der Kommission auch die Ehe zwischen Personen gleichen (d.h. nicht differenzierten) Geschlechtes der gerichtlichen Vernichtung unterworfen. - Dennoch wird der Begriff der Nichtehe gerade bei der Frage der Mitwirkung des Standesbeamten nie völlig überflüssig werden.

§ 20

Die Öffentlichkeit der Eheschliessung.

- I
- 1) Nach Art. 165 C.c.(übereinstimmend) muss die Eheschliessung öffentlich (publiquement) erfolgen. Dies bedeutet zunächst, dass jeder Person freier Zutritt zu dem Ort der Eheschliessung zu gewähren ist. Der Zweck dieser Vorschrift ist einmal, der Allgemeinheit Gelegenheit zu geben, von einem auch für sie wesentlichen Ereignis ¹⁾ Kenntnis zu nehmen, zum anderen aber auch, jeder Person bis zum letzten Augenblick die Möglichkeit zu bieten, Ehehindernisse bekannt zu geben.
 - 2) Die Möglichkeit des freien Zutrittes für jedermann ist jedoch nur ein Teil der geforderten Öffentlichkeit überhaupt. Dazu kommt, dass gemäss Art. 75 C.c. (übereinstimmend) die Eheschliessung im Gemeindehaus stattfinden muss. Von diesem Erfordernis kann nur in schwerwiegenden Fällen Befreiung bewilligt werden; sie wird durch den Staatsanwalt gewährt. In Fällen unmittelbar drohender Lebensgefahr für einen der Brautleute, kann der Standesbeamte auch auf Grund eigener Entschliessung die Eheschliessung in einem anderen Ort (aber nicht ausserhalb seines Amtsbezirks!) vornehmen, muss davon aber die Staatsanwaltschaft unter Mitteilung seiner Gründe sofort in Kenntnis setzen. Wird die Eheschliessung in einem anderen Gebäude vorgenommen, etwa der Wohnung eines der Beteiligten, so muss auch dort jedermann freier Eintritt gewährt werden, arg. Art. 165 C.c.
-

1) Zu denken ist an die güterrechtlichen Folgen sowie an die besondere Stellung der Frau als Ehefrau (Schlüsselgewalt).

3) Da sich trotz alledem die Öffentlichkeit an der beabsichtigten Eheschliessung desinteressiert zeigen kann, verlangen Art. 75 Abs. I C.c.fr., und C.c. belge die Anwesenheit von zwei Zeugen ²⁾ und stellen damit eine Art "Zwangsöffentlichkeit" her ³⁾.

4) Diese drei genannten Erfordernisse zusammen ergeben den Begriff der "Öffentlichkeit", die insgesamt bei der Eheschliessung gegeben sein muss und deren Verletzung gemäss Art. 191 C.c. (übereinstimmend) zur absoluten Vernichtbarkeit der Ehe führt. Nach dem Wortlaut des Art. 191 C.c. müsste daher jeder kleinste Verstoss gegen eines der Elemente der Öffentlichkeit die absolute Vernichtbarkeit der Ehe nach sich ziehen; ein Ergebnis, das in keiner Weise sachlich zu rechtfertigen wäre. Die Rechtsprechung hat daher wiederum, und hier, unter Berücksichtigung des heute noch vertretbaren Ergebnisses, sicher zu Recht, aus Art. 191 in Verbindung mit Art. 193 C.c. ein weitgehendes Recht zur Würdigung des Einzelfalles für sich in Anspruch genommen.

Das Ergebnis dieser nun fast 150 Jahre dauernden Rechtsprechung ist jedoch, dass die Frage, ob die Öffentlichkeit bei der fraglichen Eheschliessung gewahrt war, kaum mehr nach objektiven Gesichtspunkten beurteilt wird. Gewertet wird also nicht mehr der einzelne tatsächliche Verstoss, sondern fast nur noch die subjektive Einstellung der Eheschliessenden bei diesem Verstoss. Haben sich diese Personen nur unbewusst oder unbeabsichtigt einer Nachlässigkeit oder eines Versehens "schuldig" gemacht, das den objektiven Verstoss herbeiführte, so beeinträchtigt dieser die Gültigkeit der

2) Der luxemburgische Gesetzestext nennt dieses Erfordernis nicht mehr. Es ist durch das luxemburgische Gesetz vom 31.12.1927 beseitigt worden.

Eheschliessung nicht. War es dagegen ihre bewusste Absicht, sich über die gesetzlichen Regeln hinwegzusetzen, etwa um die Eheschliessung der Öffentlichkeit zu verheimlichen und dieser keine Möglichkeit zu geben, mögliche Ehehindernisse vorzubringen, so genügt regelmässig schon ein kleiner Verstoss, um die Vernichtbarkeit der Eheschliessung herbeizuführen ⁴⁾. In diesem Zusammenhang wurde dann sogar auch häufig die Frage von Bedeutung, ob das Aufgebot von den Parteien nicht oder nicht ordnungsgemäss bestellt worden war, obwohl das Fehlen eines ordentlichen Aufgebots gerade nicht zur Vernichtung einer Eheschliessung führen kann ⁵⁾.

Dies alles zeigt deutlich, wie weit die Rechtsprechung von einer Berücksichtigung des einzelnen objektiven Verstosses abgerückt ist zugunsten einer reinen Bewertung der persönlichen Einstellungen und Absichten der Parteien.

Eine kritische Stellungnahme zu dieser Rechtsprechung kann hier unterbleiben, da sie zu derselben Frage bereits in anderem Zusammenhang erfolgte ⁶⁾.

- 5) Die Lehre Frankreichs und Belgiens billigt das Ergebnis dieser feststehenden Rechtsprechung im wesentlichen

3) Nach der ursprünglichen Fassung des Code civil war die Anwesenheit von 4 Zeugen verlangt.

4) Lyon vom 10. April 1856 in Sir. 1856.2.706, Paris vom 5. Januar 1852 in Sir. 1852.2.14, Agen vom 23. Januar 1857 in Sir. 1857.2.215, Cass. fr. vom 13. Juli 1926 in Sir. 1926.1.263; Gand vom 17. Nov. 1910 in Pas. belge 1911. II. 10, Brüssel vom 28. Febr. 1911 in Pas. belge 1911. III. 251, Brüssel vom 5. März 1924 in Pas. belge 1924. II. 190.

5) Siehe oben § 17 I unter Ziff. 6

6) Siehe oben § 19 I C und III Ziff. 2 sowie § 18 I Ziff. 3 und § 17 I Ziff. 6 mit Fussnote 9.

lichen ⁷⁾ und beschränkt ihre Bedenken nur auf das Ergebnis in wenigen Einzelfällen, die jedoch hier ohne weiteres Interesse sind.

II 1) Demgegenüber kennt das deutsche Recht besondere Vorschriften, welche die Öffentlichkeit der Eheschliessung bezwecken, nicht. Einzig § 14 EheG 46 verlangt die Eheschliessung in Anwesenheit von zwei Zeugen, die nahe Verwandte sein können, aber gemäss § 34 I. AVO zum PStG weder minderjährig noch der bürgerlichen Ehrenrechte verlustig sein sollen.

2) Diese Vorschrift des § 14 EheG 46 ist jedoch eine reine "Soll" -vorschrift, deren Nichtbeachtung weder unmittelbar noch mittelbar die Gültigkeit der Eheschliessung in Frage stellen kann.

III 1) Die Vorschriften der beiden Rechtssysteme weichen also in den gesetzlichen Regeln über die Öffentlichkeit einer Eheschliessung recht erheblich voneinander ab. Doch ist zu bedenken, dass eine Eheschliessung auch in Deutschland fast ausnahmslos nur in den Räumen des Standesamtes, also regelmässig im Bürgermeisteramt stattfindet. Andererseits wird aber Dritten und an der Eheschliessung selbst nicht unmittelbar interessierten Personen gewöhnlich kein Zutritt zur Eheschliessung gewährt. Vorschriften wie sie die Rechte des Code civil in dieser Beziehung kennen, erscheinen heute auch überflüssig, nachdem sich der Standesbeamte einmal durch Registerauszüge und Urkunden eine umfassende Gewissheit darüber verschaffen kann, ob Hindernisse der Eheschliessung entgegenstehen. Es besteht heute keine

7) Huc Bd. II No. 154, Laurent Bd. II No. 479, Demolombe Bd. III No. 293 f, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade No. 1842 ff, Aubry-Rau-Esmein § 467, Beudant No. 571 ff vor allem No. 581 und No. 613 ff, Rouast No. 269 ff, Colin-Capitant-de la Morandière No. 217, De Page No. 654.

praktisch zwingende Notwendigkeit mehr, dritten Personen bis zuletzt die Möglichkeit zu geben, solche Ehehindernisse dem Standesbeamten in letzter Minute noch anzuzeigen.

- 2) Der Regelung des deutschen Rechtes sind somit keine Nachteile aus der Tatsache nachzuweisen, dass es auf eine ausgedehnte Öffentlichkeit bei der Eheschliessung keinen Wert legt.

Die Rechtsprechung der Länder des Code civil hat der objektiven geringen Bedeutung dieser Vorschrift auch insofern Rechnung getragen, als sie die Vernichtbarkeitsvorschrift des Art. 191 C.c. für den Fall eines Verstosses gegen das Gebot der Öffentlichkeit praktisch eliminiert hat ⁸⁾.

Darüber darf jedoch nicht übersehen werden, dass die genannten Vorschriften weiterhin bestehen, zu beachten sind und auch beachtet werden. Sie haben nur im Zuge einer Entwicklung, die sich immer mehr scheute, Ehen einzig wegen rein formeller Verstösse zu vernichten, ihre dem Gesetze nach entscheidende Bedeutung verloren.

- 3) Den Gesetzgebern der Länder Frankreich, Belgien und Luxemburg wird daher zu empfehlen sein, den Art. 191 C.c. der durch die Rechtsprechung geschaffenen Lage
-

- 8) Rouast No. 273 führt hier zu Recht aus: "...On peut donc dire, que la disposition de l'art.191 est, en fait, à peu près lettre morte et que la clandestinité (wörtlich: "Heimlichkeit". Sachlich bedeutet es: "Nichtbeachtung der Vorschriften über die Öffentlichkeit.") n'est plus une cause de nullité de mariage. Les cours et tribunaux proclament encore le Principe, mais ne l'appliquent plus."

anzupassen und vielleicht ganz allgemein auf das Erfordernis der Öffentlichkeit, insbesondere was den völlig freien Zutritt jeder dritten Person zur Eheschliessung betrifft, zu verzichten 9).

-
- 9) Der Entwurf der französischen Kommission zur Reform des Code civil sieht die Aufrechterhaltung des Erfordernisses der Öffentlichkeit bei der Eheschliessung im vollen Umfange vor, also mit allen drei auch jetzt schon bekannten Elementen: Jedem zugänglicher Raum, Eheschliessung im Gemeindehaus und Anwesenheit zweier Zeugen bei der Eheschliessung. Als Sanktion ist wieder gemäss Art. 38 Abs. II und Art. 39 Abs. III des Entwurfs an die absolute Vernichtbarkeit einer unter Verstoss gegen diese Vorschriften geschlossenen Ehe gedacht, allerdings mit der Einschränkung, dass es sich, wiederum, um eine "violation grave et frauduleuse" handeln muss. Was uns insgesamt an diesen, nun schon wiederholt zitierten Vorschlägen der französischen Reformkommission überrascht, ist die Tatsache, dass sie so gut wie immer nur das Ergebnis der Rechtsprechung formulieren, die aber gerade sehr häufig durch, zumindest heute, ungenügende gesetzliche Vorschriften eingeengt ist, statt dass versucht wurde, den modernen sozialen Verhältnissen angepasste, wirklich neue gesetzliche Vorschriften zu schaffen. Allerdings hat das so geübte Verfahren den Vorzug, eine kontinuierliche und traditionelle Entwicklung nicht zu unterbrechen.

§ 21

Das Erfordernis der persönlichen Anwesenheit der Partner
bei der Eheschliessung

- I
- 1) Eine ausdrückliche Vorschrift, dass eine Ehe nicht mit dem rechtsgeschäftlichen Vertreter eines Partners geschlossen werden kann, findet sich in den Gesetzestexten der Länder Frankreich, Belgien und Luxemburg nicht. Die Frage war daher im 19. Jahrhundert in der Lehre nicht unbestritten. Sie wurde allgemein unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien ¹⁾, der Tatsache, dass sich keine irgendwie positiv auf eine Stellvertretung gerichteten Vorschriften in den Gesetzen finden und auf Grund des Wortlautes der Art. 75 C.c. ²⁾ dahingehend gelöst, dass die Eheschliessenden persönlich und gleichzeitig vor dem Standesbeamten erscheinen müssen ³⁾, eine Vertretung bei der Eheschliessung also in keinem Fall möglich ist.
- 2) Diese Ansicht fand ihre Bestätigung in der Kriegsgesetzgebung der Länder Frankreich und Belgien in den Jahren zwischen 1914 und 1918 sowie 1939 und 1945 ⁴⁾. In dieser Zeit waren zeitlich beschränkte Vorschriften erlassen worden, die für Frontsoldaten zuerst die Möglichkeit einer Eheschliessung durch einen Stellvertreter vorsahen. Später wurde dann diese "Vertreterehe" ⁵⁾

1) Locré Bd. IV S. 446 f.

2) Abs. I "...l'officier de l'état civil..fera lecture aux parties." - Abs. IV "L'officier de l'état civil interpellera les futurs époux.."

3) Laurent Bd. II No. 477; Huc Bd. II No. 92 f; Demolombe Bd. III No. 210, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade No. 1587, Delprat S. 15; a.A. Touillier Bd. I Nr. 574. Im Sinne der h.M.: Bastia vom 2. April 1849.

(Handschuhehe) ⁶⁾ in eine Ferntrauung umgewandelt: Der Mann gab seine Erklärung zu Protokoll eines damit beauftragten Offiziers seiner Einheit, das verlesen wurde, wenn die Braut vor dem für sie zuständigen Standesbeamten erschien. Das tatsächliche Einverständnis des Mannes in die Eheschliessung musste jedoch noch im Augenblick der förmlichen Eheschliessung bestehen, gleichgültig, ob der Braut die Sinnesänderung des Mannes bekannt war oder nicht. Bestand das Einverständnis des Mannes nicht mehr, so fehlte seine gemäss Art. 146 C.c. erforderliche Willenserklärung und die Ehe war damit vernichtbar ⁷⁾, Art. 184 C.c.fr.

Die Wirkungen einer solchen Eheschliessung wurden auf den Augenblick der Abgabe der Erklärung des Mannes zurückbezogen, sodass praktisch eine Eheschliessung mit einem bereits Gefallenen möglich war. Eine solche Eheschliessung ist gültig, ⁸⁾ da sie tatsächlich bereits zu einem wesentlichen Teil mit der förmlichen Erklärung des Mannes beendet war ⁹⁾.

3) Fortsetzung 2.80. - Im Ancien Droit war eine Eheschliessung durch Stellvertreter möglich; Pothier No. 367.

4) Frankreich: Gesetz vom 4. April und 19. August 1915 sowie Verordnung vom 9. September 1939, ergänzt durch Gesetz vom 5. März 1940 und 25. Januar 1941.

Belgien: Verordnung vom 30. Mai 1916.

5) Genauer eigentlich "Botenehe". Denn es handelte sich immer nur um eine Vertretung in der Erklärung, nie einer solchen im Willen.

6) Das holländische Eheschliessungsrecht kennt heute noch unter gewissen, strengen Voraussetzungen die "Handschuhehe".

7) Tribunal Nancy vom 25. Nov. 1943 in D.C. 1944.58 mit einer zustimmenden Anmerkung von Rouast, und Tribunal Pau vom 6. Febr. 1948 in J.C.P. 1948.4337: Zwei sehr interessante und aufschlussreiche Entscheidungen.

3) Nach geltendem französischem, belgischem und luxemburgischem Recht ist daher ausnahmslos das persönliche und gleichzeitige Erscheinen der Ehepartner vor dem Standesbeamten erforderlich. Dieser hat das Recht und die Pflicht, eine Trauung, die durch einen Vertreter erfolgen soll, abzulehnen.

4) Fraglich erscheint, wie ein, allerdings praktisch wohl nur seltender Verstoss gegen dieses Erfordernis zu bewerten ist, da das Gesetz wiederum eine Sanktion nicht bestimmt.

Nach den für die Rechte des Code civil bereits dargelegten Grundsätzen kann das Vorliegen einer "Nichtehe" nicht angenommen werden, da nach aussen hin durch diese Eheschliessung sehr stark der Anschein einer zunächst gültigen Ehe entsteht.

Auch kennen die Nichtigkeitsvorschriften der Art. 180 ff C.c. keine allgemeinen Bestimmungen, die sich auf die Verletzung von solchen Formverstössen beziehen würden. Letztlich scheidet aber auch die Annahme einer nullité virtuelle, einer offenbaren Vernichtbarkeit aus, da eine solche nur dort angenommen werden kann, wo sich ein Verstoss gegen Grundvoraussetzungen der Ehe überhaupt feststellen lässt ¹⁰⁾, zu denen das Verbot einer Vertreterehe jedoch nicht zu rechnen ist ¹¹⁾.

8) Im Gegensatz zu den auf Grund eines "geheimen Führer-erlasses" während des 2. Weltkrieges in Deutschland vorgenommenen Eheschliessungen mit Gefallenen; denn diese hatten vor ihrem Tod keine förmliche Eheerklärung in irgend einer Weise abgegeben, vielmehr genügte bereits der Nachweis, dass der Gefallene die Absicht hatte, die betreffende Frau zu ehelichen. Diese Eheschliessungen müssen heute als "Nichtehen" angesehen werden. Siehe dazu Urteil des Kammergerichts Berlin vom 9. Mai 1947 in J.R. 1947 S. 113 ff und Bundesgesetz vom 29. März 1951 (BGBl. Bd. I S. 215). Zu dieser Frage siehe auch Boehmer "Grundlagen" Bd. II / 2 S. 196 ff.

9) Rouast No. 213 - Nach deutschem Recht kam im Falle der Ferntrauung während des Krieges die Eheschliessung im Zeitpunkt der Abgabe der Eheerklärung

Man müsste demnach unter Anwendung des Grundsatzes, dass Nichtigkeitsvorschriften nicht ausdehnend ausgelegt werden dürfen, zu dem Ergebnis gelangen, dass eine Vertreterehe, einmal geschlossen, gültig ist.

Das Ergebnis wäre unbefriedigend und lässt sich vermeiden. Bei der Darlegung des Begriffes der Öffentlichkeit (publicité) konnte gezeigt werden, dass sich dieser aus einer ganzen Reihe von Erfordernissen zusammensetzt. Als ein solches weiteres Element ist nun auch die Vorschrift über die Notwendigkeit der beiderseitigen Anwesenheit der zukünftigen Ehegatten bei der Eheschliessung anzusehen; denn das häufig vorgebrachte Argument, diese Vorschrift finde ihren Sinn in der bis zuletzt erforderlichen Entscheidungsfreiheit jeder der Partner, ist nur bedingt richtig; denn würde einer der Partner einen Dritten beauftragen, für ihn die Eheerklärung abzugeben, so stünde ihm bis zuletzt die Möglichkeit offen, den Auftrag zu widerrufen. Schon allein dadurch könnte er eine gültige Eheschliessung verhindern,

- 9) Fortsetzung durch die Frau zustande; nur wenn der Mann in diesem Augenblick bereits verstorben war, wurde ihre Wirkung ausnahmsweise - im Gegensatz also zum frz. Recht, wo dies regelmässig der Fall war, - auf den Augenblick der Abgabe der Erklärung durch den Mann zurückbezogen § 19 Wehrmachten-Personenstands-Gesetz i.d.F. vom 17.10.1942. Diese Fälle sind auch nach deutschem Recht weiterhin als gültige Eheschliessungen anzusehen im Gegensatz zu den rein postmortalen Eheschliessungen (siehe oben No.7.)
- 10) Siehe oben § 19 unter I B und Fussnote 13 daselbst.
- 11) Sonst wäre es auch nicht möglich, dass im europäischen Rechtskreis, in dem der Begriff der Ehe und ihrer grundlegenden Elemente einheitlich aufgefasst werden, eine Rechtsordnung die Vertreterehe zulässt.

wie bereits am Beispiel der Kriegsgesetzgebung dieser Länder gezeigt wurde.

Daneben aber könnte er auch noch bis zuletzt, für Dritte erkennbar, erklären, dass er nicht mehr den Willen habe, die Ehe einzugehen; denn allein sein Wille ist bis zum Augenblick der Eheschliessung massgebend ¹²⁾.

Der Sinn dieses Erfordernisses kann also nicht allein in der bis zuletzt geforderten Entscheidungsfreiheit des betreffenden Partners liegen, sondern muss zumindest mit in einem Element der Öffentlichkeit gesehen werden: Auch Namen sagen gelegentlich dem Standesbeamten und der Allgemeinheit nicht viel, aber die Personen können durch ihr Erscheinen Anhaltspunkte für eventuelle Ehehindernisse geben. Ausserdem sollen der Standesbeamte und die Öffentlichkeit sehen, welche Personen nun miteinander die Ehe eingehen.

Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen das Erfordernis des persönlichen Erscheinens ist daher die Vernichtbarkeit der Ehe gemäss Art. 191 C.c. anzunehmen unter Berücksichtigung des von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Rechtes der Gerichte, den Einzelfall gemäss Art. 193 C.c. unter den Gesichtspunkten von Zweckmässigkeit und Billigkeit zu würdigen ¹³⁾.

Zu erwägen wäre aber auch noch, die Beauftragung selbst oder die Erklärung des Vertreters (Boten) als gesetzwidrig und damit nichtig anzusehen. Das hätte die Wirkung, dass eine gültige Ehwillenserklärung seitens des Auftraggebers nicht abgegeben worden ist. Unter diesem Gesichtspunkt wäre dann Art. 146 C.c. anwendbar, was in

12) Siehe oben Fussnote 5.

13) Siehe dazu Aubry-Rau-Esmein Bd. VII § 467 Fussnote 23, die sich als einzige in der Lehre mit dieser Frage befassen.

Frankreich gemäss Art. 184 C.c. zur absoluten Vernichtbarkeit, in Belgien und Luxemburg dagegen entsprechend der Rechtsprechung nur über Art. 180 C.c. zur relativen Vernichtbarkeit der Ehe führen würde. Das Ergebnis könnte in Belgien und Luxemburg wiederum nicht befriedigen; denn die Nichtigkeitsklage stünde nur den Ehegatten zu, die ja mit dem Abschluss durch einen Vertreter voll einverstanden waren, und auch diesen nur innerhalb der kurzen Frist des Art. 181 C.c.

Wir sind aber der Ansicht, dass ein Verstoss gegen das Erfordernis des gleichzeitigen und persönlichen Erscheinsens der Ehewilligen zur Eheschliessung immer zur absoluten Vernichtbarkeit dieser Ehe gemäss Art. 191 C.c. führt, da in einem solchen Fall ein Element der notwendigen Öffentlichkeit der Eheschliessung verletzt ist.

- II : 1) Im Gegensatz zu der gesetzlichen Lage in Frankreich, Belgien und Luxemburg hat das deutsche Recht diese Fragen unzweifelhaft geregelt. Gemäss § 13 Abs. I EheG 46 müssen die Eheschliessenden persönlich und gleichzeitig vor dem Standesbeamten erscheinen. Diese Vorschrift kennt keine Ausnahmen; die Deutsche Kriegsgesetzgebung¹⁴⁾, welche die Ferntrauung für Frontsoldaten kannte¹⁵⁾, ist nicht mehr in Kraft¹⁶⁾ und auch praktisch bedeutungslos geworden.

14) 3.AVO zum PStG vom 15. August 1940 (RGBl. I S. 1107) und Personenstandsgesetz für die Wehrmacht in der Fassung vom 17. Oktober 1942 (RGBl. I S. 597).

15) Die rechtliche Ausgestaltung dieser Ferntrauung war im wesentlichen die gleiche wie die oben unter I Ziff. 2 erwähnte Ferntrauung in Frankreich und Belgien auf Grund der dortigen Kriegsgesetzgebung. Vor allem war es auch nach der deutschen Regelung ohne Bedeutung, ob der Mann zur Zeit der Eheerklärung der Frau noch lebte. - Solche Eheschliessungen müssen auch heute noch als gültig angesehen werden. Sie dürfen nicht den postmortalen Eheschliessungen gleichgestellt werden, bei denen der Mann überhaupt keine förmliche Eheerklärung abgegeben hatte.

- 2) Eine unter Nichtbeachtung dieser Vorschrift geschlossene Ehe ist gemäss § 17 Abs. I EheG vernichtbar. Der Fehler gilt jedoch als "geheilt", wenn die Eheleute 5 Jahre oder, wenn einer der Gatten inzwischen verstorben ist, mindestens 3 Jahre zusammen gelebt haben, § 17 Abs. II EheG.

15) Fortsetzung Siehe Fussnote 8 oben und Boehmer "Grundlagen" Bd. II 2. Buch S. 198.

16) v. Godin Anm. 5 zu § 13 EheG, Gerold Anm. 7 zu § 13 EheG 46.

§ 22

Die Ehwillenserklärung.

(consentement)

I Die Voraussetzungen der Willenserklärung bei Eingehung der Ehe wurden bereits oben in Kapitel I § 4 dargelegt und kritisch erörtert. An dieser Stelle soll nunmehr noch ihr notwendiger Inhalt erörtert werden.

- 1) Nach Art. 75 Abs. VI C.c. fr., Art. 75 C.c. belge und Art. 75 Abs. II C.c. lux. haben die Eheschliessenden unzweideutig zu erklären, dass sie miteinander die Ehe eingehen wollen.

Ihre Willenserklärungen müssen daher unbedingt und unbefristet sein. Es kann ihnen auch nicht ein Zusatz beigefügt werden, demzufolge die eine oder andere gesetzliche Folge der Eheschliessung ausgeschlossen werden soll. Der Standesbeamte hat daher auch gegebenenfalls eine derart ungenügende Willenserklärung zurückzuweisen. Unterbricht er die Eheschliessung jedoch nicht, so fehlt das Erfordernis einer gültigen Willenserklärung, wie sie Art. 146 C.c. fordert. Die dennoch geschlossene Ehe wäre gemäss Art. 146 C.c. in Verbindung mit Art. 184 C.c. fr. bzw. Art. 180 C.c. belge und C.c. lux. vernichtbar.

- 2) Dagegen ist eine unter Mentalreservation abgegebene Erklärung voll gültig und genügend, die Ehe mit dieser Erklärung auch wirksam geschlossen. Der fragliche Vorbehalt ist, gleichgültig ob er dem Partner bekannt war oder nicht, nicht gültig.

- 3) Auch die Scheinerklärung, die von den Rechten des Code civil, ähnlich wie nach deutschem Recht (§ 117 BGB), bei den allgemeinen Regeln über die Willenserklärungen als nichtig angesehen wird, findet bei den Ehwillenserklärungen regelmässig keine Berücksichtigung. Eine entsprechende Vorschrift findet sich zwar im Gesetz nicht, doch würde es dem gesetzlich anerkannten Bedürfnis nach unbedingter Klarheit der Verhältnisse im Eherecht widersprechen, könnten die Partner eine im übrigen fehlerlos geschlossene Ehe mit der Behauptung anfechten, sie hätten die Eheerklärung nur zum Schein abgegeben. Das Institut der Ehe zwingt seinem ganzen Charakter nach, grundsätzlich auf die geäusserte Erklärung und nicht auf den wirklichen Willen abzustellen.

Reine Namenssehen, Staatsangehörigkeitsehen und Eheschliessungen, welche nur die eheliche Geburt eines ausserehelich gezeugten Kindes bezwecken, sind daher nach den Rechten des Code civil grundsätzlich voll gültig ¹⁾.

- 4) Dennoch muss die hier vorgetragene Ansicht, die im Gesetz selbst keinen ausdrücklichen Niederschlag gefunden hat und nur aus dem Sinn der gesamten, die Eheschlies-

- 1) So vor allem die sehr instruktive Entscheidung Bayonne vom 9. April 1936 in Sir. 1936.2.124. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall war die Ehe unstreitig nur zu dem Zweck geschlossen worden, dem aus einem ausserehelichen Verhältnis der Partner zu erwartenden Kind die eheliche Geburt zu sichern. Nach der Geburt des Kindes sollte fortan die Scheidung betrieben werden. - Die Nichtigkeitsklage des Mannes, gestützt auf die Behauptung, er habe die Willenserklärung bei der Eheschliessung nur zum Schein abgegeben und nie die Absicht gehabt, die beklagte Frau als seine Ehefrau anzusehen, geschweige denn je mit ihr in einem ehelichen Verhältnis zu leben, wurde abgewiesen.

sung betreffenden Regelungen interpretiert werden kann, ihre Grenze dort finden, wo die Eheschliessung zu völlig ausser ihr liegenden Zwecken unverkennbar missbraucht wird. De Page ²⁾ verwendet hier den Ausdruck: "Wo die Ehe zur Komödie wird", indem er vor allem auf einige krasse Fälle von Staatsangehörigkeitsehenverweist. Mit anderen Worten: Da das Gesetz selbst direkt die Berücksichtigung einer Scheinerklärung nicht verbietet, muss sie dann als eine nicht genügende Willenserklärung angesehen werden, wenn sich die offenbare Scheinerklärung mit einer missbräuchlichen Ausnutzung des Institutes der Ehe verbindet; denn man kann dem Gesetz nicht interpretierend unterstellen, dass es auch diesen Missbrauch mit seiner Einrichtung dulden will ³⁾.

Eine sehr interessante Entscheidung hat das Tribunal de la Seine ⁴⁾ in jüngster Zeit zu dieser Frage gefällt. Sie fand von allen Seiten in der Lehre Zustimmung. Ihr lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Gruppe französischer Kriegsgefangener befand sich unmittelbar nach Beendigung des 2. Weltkrieges auf dem Wege von der Tschechoslowakei über Deutschland nach Frankreich. Dieser Gruppe hatte sich ein deutsches Mädchen auf der

2) De Page No. 566.

3) Hoch interessant ist in diesem Zusammenhang das Zitat aus einer politischen Rundschrift bei De Page a.a.O.: Ledigen Frauen einer politischen Partei, die nach neueren gesetzlichen Vorschriften Belgiens vor der Ausbürgerung und in der Folge Ausweisung standen, bot die Parteileitung die "Ehe" mit männlichen Parteiangehörigen belgischer Nationalität an, um sie vor dieser Ausbürgerung zu schützen. An eine wirkliche Ehe zwischen den fraglichen Personen war mit dieser Aufforderung nicht gedacht.

4) Tribunal civil de la Seine vom 7. Januar 1948 in J.C.P. 1948.2.4430.

Flucht vor den russischen Truppen angeschlossen. An der Grenze zu dem von amerikanischen Truppen besetzten Gebiet verweigerten die amerikanischen Kontrollorgane dem Mädchen den Übertritt in ihr Gebiet. Auf ihre Bitte hin ging darauf einer der französischen Kriegsgefangenen mit ihr zum nächsten (deutschen) Standesamt, wo sie in kürzester Zeit getraut wurden. Die Amerikaner liessen daraufhin die junge Frau passieren, die sich unmittelbar darauf von ihrem "Mann" trennte - was auch völlig in dessen Sinne war. Die beiden "Eheleute" traten nie wieder miteinander in Verbindung.

Das Gericht sah die Erklärung des Mannes als eine Scheinerklärung an, die wegen ihrer Eindeutigkeit nicht als eine gültige Ehwillenserklärung angesehen werden könne, zumal jeder Interessierte sofort habe erkennen müssen, was mit dieser "Eheschliessung" beabsichtigt gewesen war. Wenn auch nicht in schlechter Absicht, so sei hier doch, nach Ansicht des Gerichts, das Institut der Ehe missbraucht worden, da der Erwerb der Staatsangehörigkeit nur eine Folgeerscheinung der Eheschliessung, nicht jedoch deren erkennbarer und alleiniger Zweck sein dürfe.

Die Entscheidung muss jedoch zu lebhaften Bedenken Anlass geben. Als einziger Grund, warum es die Willenserklärung in diesem Fall für ungültig hielt, nannte das Gericht das offenbare Erstreben einzig einer gesetzlichen Nebenwirkung, des Erwerbs der Staatsangehörigkeit. Damit ist nun aber keinerlei tatsächliches Kriterium zur Abgrenzung von gültiger und ungültiger, nur zum Schein abgegebener Willenserklärung bei der Eheschliessung geschaffen, sondern es wird, genau genommen, jede Scheinerklärung bei der Eheschliessung

für ungültig erklärt; denn die Eheleute einer nur zum Schein eingegangenen Ehe wollen immer nur eine ihrer Nebenwirkungen: Den Wechsel des Namens, den Erwerb der Staatsangehörigkeit, das Erbrecht unter Ehegatten oder die Ehelichkeit von Kindern, die während der Ehe geboren werden. Bei Anwendung dieser Abgrenzung wäre also auch die oben genannte Entscheidung des Tribunal Bayonne unrichtig. - Stellt man dagegen nur auf den "Grad", auf die "Heftigkeit" etc. einer solchen zum Schein gegebenen Erklärung ab, so ist endgültig jeder Boden verloren.

Mazeaud ⁵⁾ begründet seine zustimmende Stellungnahme zu der fraglichen Entscheidung damit, dass die Ehe zwar ein Rechtsinstitut besonderer Art sei (d'un caractère institutionnel), weshalb auch grundsätzlich der geäußerte Wille den wirklichen Willen verdränge; andererseits aber auch das vertragliche Element in der Ehe nicht übersehen werden dürfe. Letzteres aber sei bei einer so offenbaren Scheinerklärung verletzt, weshalb die Ehe auch der Vernichtung unterliege ⁶⁾.

Auch diese Ansicht kann keinen Anhaltspunkt bieten. Zwar sind auch wir der Ansicht ⁷⁾, dass die Ehe als eine komplexe Erscheinung sowohl vertraglicher als auch institutioneller Art anzusehen ist. Für die Eheschliessung selbst bedeutet das, dass der geäußerte Wille ganz grundsätzlich dem wirklichen Willen vorgehen muss. Man kann aber nicht argumentieren, dass das vertragliche Element durch eine "so offenbare Scheinerklärung" verletzt werde. Mit einer solchen Begründung wird nur der Blick davon abgelenkt, dass in Wirklichkeit in diesem Fall nur eine Billigkeitsentscheidung getroffen,

5) Anmerkung zu der Entscheidung des Tribunal de la Seine vom 7. Januar 1948 a.a.O.

6) Ähnlich die Entscheidung des Tribunal Liège vom 11. Januar 1951 a.a.O.: "En dépit de son caractère institutionnel, le mariage peut être l'objet d'une

nicht aber eine gedanklich zwingende Lösung gefunden wurde.

Wir sind nun der Ansicht, dass es gerade der Zielsetzung des Gesetzes widerspricht, die Gültigkeit oder Ungültigkeit einer zum Schein abgegebenen Eheschliessung von Billigkeitserwägungen abhängig zu machen. Gerade die erkennbare Absicht des Gesetzes, jeden Unsicherheitsfaktor über die Wirksamkeit einer Eheschliessung zu vermeiden, hätte ja zunächst dazu geführt, die Scheinerklärung bei der Eheschliessung für gültig anzusehen, obwohl eine entsprechende gesetzliche Vorschrift fehlt. Man würde also, würde man der vorgetragenen Ansicht zustimmen, mit der Begründung der Ausnahme zugleich die Basis des Grundsatzes beseitigen ⁸⁾.

- 6) Fortsetzung "... simulation, le rendant nul. Il en est ainsi du mariage contracté en Allemagne par une Polonaise avec un prisonnier belge dans le but de rentrer en Belgique."
- 7) Siehe oben § 2
- 8) Mazeaud a.a.O. billigt nun aber nicht nur die Entscheidung überhaupt, sondern begrüsst vor allem den "Sieg des wirklichen über den geäusserten Willen" und weist damit zugleich auf das, eingehend erörterte, Irrtumsproblem bei der Eheschliessung hin. - Um so unverständlicher aber wird, vom Standpunkt der Rechtsprechung aus, das Ergebnis. Während sie den Irrtum in der Sorge vor einer ausgedehnten Berücksichtigung billiger Interessen der Irrenden nur im allerengsten Rahmen beachtet, wodurch der Irrende häufig "unschuldig" in eine untragbare Situation gerät, soll eine "offenbare Scheinerklärung" berücksichtigt werden, obwohl sich doch der simulierende Partner seines Handelns und der entsprechenden Folgen genau bewusst ist. Die Inkongruenz dieser Lösungen ist offenbar. Tatsächlich darf die bei der Eheschliessung nur zum Schein abgegebene Willenserklärung auch nur dann als ungültig angesehen werden, wenn sich die Rechtsordnung vor einem Missbrauch ihrer eigenen Einrichtungen schützen muss. Das ist aber nicht schon dann der Fall, wenn mit einer Eheschliessung in Wirklichkeit von den Partnern nur eine ihrer gesetzlichen Nebenwirkungen erstrebt wird; denn da von der Rechtsordnung diese Nebenfolgen selbst

Wir vermögen uns daher weder der fraglichen Entscheidung noch der zustimmenden Ansicht von Mazeaud anzuschliessen. Die Ungültigkeit einer nur zum Schein abgegebenen Willenserklärung bei der Eheschliessung muss vielmehr auf solche Fälle eingeschränkt bleiben, in denen ein tatsächlicher Rechtsmissbrauch festzustellen ist. Dies kann etwa in den von De Page geschilderten Fällen angenommen werden, in denen die Wirkungen des die Ausbürgerung betreffenden Gesetzes durch die beabsichtigten Eheschliessungen beseitigt werden sollten ⁹⁾.

- 5) Kann in diesem engen Rahmen eine ungültige Scheinerklärung festgestellt werden, so hat der Standesbeamte die Eheschliessung zu verweigern. Wird die Ehe dennoch geschlossen, so fehlt es an einer gültigen Ehwillenserklärung überhaupt, und die Ehe ist nach französischem Recht gemäss Art. 146 i.V.m. Art. 184 C.c. fr. absolut vernichtbar, nach belgischem und luxemburgischem Recht dagegen nur relativ vernichtbar ¹⁰⁾.

- 8) Fortsetzung normiert wurden, ist es gleichgültig, ob sie von den Partnern als solche in Kauf genommen oder ausdrücklich erstrebt werden; denn sie stellen ja keine Belohnung für die Herstellung einer ehelichen Gemeinschaft etc. dar. Ein solcher Missbrauch liegt vielmehr nur dann vor, wenn eine der sonstigen gesetzlichen Vorschriften, deutlich erkennbar, mit Hilfe einer solchen gesetzlichen Nebenfolge ausgeschaltet werden soll und auch dies nur dann, wenn die Hauptfolge, hier das Band der Ehe, wiederum deutlich erkennbar, völlig negiert wird.
- 9) Sollte also der Einreise oder Einbürgerung der Polin in dem der genannten Entscheidung des Trib. Liège zugrunde liegenden Fall, was nicht zu erkennen ist, ein ausdrückliches gesetzliches Hindernis entgegengestanden haben, so wäre der Entscheidung zuzustimmen, da in diesem Fall das Institut der Ehe dazu missbraucht worden wäre, ausdrückliche andere gesetzliche Vorschriften zu umgehen und wirkungslos zu machen.

- 6) Die Eheschliessenden haben ihre Eheerklärung im Regelfall mündlich vor dem Standesbeamten abzugeben. Sie besteht darin, dass sie auf die Frage des Standesbeamten, ob sie bereit sind die Ehe miteinander einzugehen (Art. 75 Abs. VI C.c.,) unmissverständlich mit "ja" antworten. Ist einer der Eheschliessenden stumm, sprachungewandt oder etwa durch die Aufregung nicht in der Lage, ein deutliches "ja" auszusprechen, so genügt auch jedes andere, unzweideutige Zeichen, das den Willen der betreffenden Person, die Ehe mit dem erschienenen Partner einzugehen, kund tut ¹¹⁾.

Hat der Standesbeamte vergessen, die Eheschliessenden nach ihrem Willen zu fragen oder haben diese etwa sofort gerufen "ich will den X" und "ich will die Y" heiraten, so ist die Ehe geschlossen und ihre Gültigkeit nicht in Zweifel zu ziehen; da der Frage des Standesbeamten keine wesentliche Bedeutung zukommt.

II

- 1) Auch im deutschen Eheschliessungsrecht gelten die allgemeinen Regeln über die Mentalreservation nicht. Bei der Eheschliessung ist nur der geäußerte Wille, ohne Rücksicht auf Sondervorstellungen der Parteien, massgeblich. Hatte der andere Partner von einer solchen Mentalreservation Kenntnis, so bleibt die Ehe gültig geschlossen, während die Sonderabmachung, meist eine Vereinbarung über den Ausschluss der Geschlechtsgemeinschaft, nichtig ist.

- 10) Für Belgien und Luxemburg zeigt sich auch hier wieder deutlich, wie die Annahme einer relativen Vernichtbarkeit für die Fälle des Art. 146 C.c. auch dem praktischen Ergebnis nach unvertretbar ist; Dem Staatsanwalt, dem Organ des Staates also, der am lebhaftesten an der Verfolgung solcher Eheschliessungen in diesen Fällen interessiert ist, steht das Recht, ein Nichtigkeitsverfahren einzuleiten, nicht zu; arg. Art. 180 C.c.

- 11) Rouast No. 212, Colin-Capitant- de la Morandière No.185.

- 2) Dasselbe gilt grundsätzlich auch für die Scheinerklärung. Sie hat jedoch nach deutschem Recht insofern eine Regelung erfahren, als in § 19 EheG 46 die Vernichtbarkeit für den Fall der Namensehe ¹²⁾ vorgeschrieben ist, also für einen Unterfall aus dem grossen Gebiet der Scheinerklärungen. Aus dieser Vorschrift in Verbindung mit § 16 EheG muss aber vor allem geschlossen werden, dass alle sonstigen Fälle von Scheinerklärungen, mögen sie sich auch im Einzelfall als eine missbräuchliche Ausnutzung des Instituts der Ehe darstellen, nicht zur Vernichtbarkeit der Ehe führen können ¹³⁾.

Regelmässig ist also nach deutschem Recht eine, wenn auch offenbar zu Erreichung ganz anderer Ziele geschlossene, Ehe voll gültig.

- 3) Die Eheerklärungen müssen mündlich vor dem Standesbeamten abgegeben werden. Ist einer der Beteiligten nicht in der Lage zu sprechen, so genügt auch sein unmissverständliches Zeichen, dass er die Ehe eingehen wolle. Ist ein Ausländer der deutschen Sprache nicht mächtig, so muss ein Dolmetscher hinzugezogen werden ¹⁴⁾, dessen Aufgabe es jedoch nur ist, an den Beteiligten die Frage des Standesbeamten zu übersetzen. Für die Eheschliessung selbst aber ist allein die Antwort des Ausländers in seiner Sprache massgebend, nicht etwa die von

12) Nach § 23 Abs. I EheG 38 war auch eine Ehe vernichtbar, die ausschliesslich oder überwiegend zu dem Zwecke geschlossen worden war, der Frau die Staatsangehörigkeit des Mannes zu verschaffen. Diese Vorschrift gilt heute nicht mehr, § 79 EheG 46.

13) Herrschende Meinung, so Gerold Anm. 7 ff, v. Godin Anm. 1, Hoffmann-Stephan Anm. 2, Siebert-Vogel Anm. 3, Achilles-Greif-Beitzke Anm. 1 je zu § 19 EheG 46

14) §§ 5, 6 1. AVO zum PStG.

ihr erfolgende Übersetzung durch den Dolmetscher.

Der Standesbeamte fragt in der Regel die Erschienenen, ob sie die Ehe miteinander eingehen wollen. Versäumt er dies oder kommen ihm die Eheschliessenden zuvor und sind ihre Erklärungen unmissverständlich, so genügen sie. Die Frage des Standesbeamten ist also, wie nach den Rechten des Code civil, kein wesentliches Formerfordernis.

- 4) Die Willenserklärungen zur Eingehung einer Ehe können auch nach deutschem Recht keine Bedingung oder Zeitbestimmung enthalten (§ 13 Abs. II EheG). Der Standesbeamte hat gegebenenfalls eine solche Erklärung als unzulässig und ungenügend zurückzuweisen. Geschieht dies nicht und die Trauung nimmt ihren Fortgang, so fehlte bei der Eheschliessung das Erfordernis der beiderseitigen übereinstimmenden Willenserklärung; denn es kann, gleichermassen wie nach den Rechten des Code civil, eine solche Willenserklärung nicht dadurch für gültig erachtet werden, dass nur der beigefügten Bedingung oder Befristung die Wirksamkeit versagt wird, vielmehr entspricht eine solche Erklärung nicht dem gesetzlichen Erfordernis des § 13 Abs. II EheG 46 und ist daher nichtig ¹⁵⁾.

- 15) Dies könnte dem Wortlaut des § 13 Abs. II EheG nach zunächst zweifelhaft sein, wie v. Godin Anm. 3 zu § 13 EheG 46 zu Recht hervorheben. Wollte man jedoch die Erklärung als gültig ansehen und nur die mit ihr verbundene Bedingung oder Befristung als nichtig, so würde man der gesetzlichen Hervorhebung dieses Sonderfalles nicht gerecht; denn die Wirkung wäre dann die gleiche wie in den Fällen einer nicht vor dem Standesbeamten erklärten, stillschweigenden Sondervereinbarung der Ehepartner. Deutlich erkennbar aber will das Gesetz hier nur an die klar geäusserte Erklärung anknüpfen, die als solche unbedingt und unbefristet sein muss, nicht dagegen an den Willen der Eheschliessenden (Ausnahmen: §§ 19 und 31-34 EheG).

Da es sich bei der beiderseitigen Willenserklärung um ein Grunderfordernis jeder Eheschliessung handelt, kann ihre Ungültigkeit nicht in Frage gestellt werden. Eine gesetzliche Nichtigkeitsvorschrift ist aber in den §§ 17 ff EheG für diesen Fall nicht zu finden. Da zudem § 16 EheG die Annahme einer "offensichtlichen Vernichtbarkeit", entsprechend extra der nullité virtuelle der Rechte des Code civil, verbietet, wie wir bereits oben § 19 ausgeführt haben, muss ein solcher Verstoss zur Annahme einer "Nichtehe" führen ¹⁶⁾.

- III 1) Damit kann nun hier zusammenfassend festgestellt werden, dass nach deutschem Recht alle als Grunderfordernisse jeder Eheschliessung erkannten Voraussetzungen, nämlich die geschlechtliche Verschiedenheit der Partner, die rechtsgeschäftliche, unbedingte und zustimmende Willenserklärung und die Mitwirkung des Standesbeamten bei der Eheschliessung, im Falle ihrer Vernachlässigung zur "Nichtehe" führen. Nach den Rechten des Code civil dagegen führt eine Verletzung des Erfordernisses der zustimmenden Willenserklärung zur gesetzlichen Vernichtbarkeit, eine Verletzung der beiden anderen Erfordernisse regelmässig zur Vernichtbarkeit auf Grund der Annahme einer offensichtlichen Vernichtbarkeit (einer nullité virtuelle), wenn sich auch ganz extrem gelagerte Fälle solcher Verletzungen gelegentlich zu einer

16) v. Godin Anm. 3 zu § 13 EheG 46 und Feldmann-Franqué-Hamelbeck S. 68 unter 2 b; anderer Ansicht Palandt Anm. 3 b, Siebert-Vogel Anm. 3, Hoffmann-Stephan Anm. 3 B je zu § 13 EheG 46, die hier die Vernichtbarkeit der Ehe aus § 17 EheG 46 entnehmen. Diese Ansicht übersieht, dass es sich bei § 13 Abs. II EheG nicht um eine Formvorschrift handelt, sondern die Vorschrift die Gültigkeit der Erklärung überhaupt betrifft, eine Willenserklärung also in solchen Fällen überhaupt nicht vorgelegen hat.

"Nichtehe" entwickeln können. Es handelt sich also um einen Rechtsbegriff, der, wenn auch praktisch nur von geringer Bedeutung, auch für die Rechte des Code civil nicht überflüssig ist.

- 2) Diese Lösung des deutschen Rechtes ist nicht unbedingt für rechtspolitisch glücklich zu halten, da gerade in den zuletzt behandelten Fällen einer fehlenden oder nicht genügenden Willenserklärung die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Wirkungen einer vernichteten Ehe (§§ 25 ff EheG) zu wünschen wäre. Diese Überlegung hat auch die französische und belgische Rechtsprechung und Lehre bestimmt, die Folge solcher Verstösse nicht in einer Nichtehe, sondern in einer vernichtbaren Ehe zu sehen.
- 3) Dogmatisch werden allerdings nach deutschem Recht diese grundlegenden Erfordernisse jeder Eheschliessung infolge der konsequenten Annahme der Nichtehe in eine besondere, sie betonende Stellung gerückt. Auch praktisch ist dieses Ergebnis von grosser Bedeutung; denn die Kinder aus einer vernichteten Ehe werden vom Gesetz (§ 25 EheG 46) als eheliche Kinder dieser "Ehegatten" fingiert. Ebenso bestimmen sich die rechtlichen Beziehungen der Partner einer solchen Verbindung grundsätzlich nach Scheidungsrecht (§ 26 EheG 46). Diese Wirkungen gelten aber nicht für die Kinder und Partner einer "Nichtehe". Prozessual dagegen ist der Unterschied nur gering: Auch die "Nichtehe" kann - und muss praktisch (nicht rechtlich) regelmässig - als solche gemäss § 256 ZPO festgestellt werden, sodass in dem einen Verfahren nur die Tatsache der Nichtigkeit, in dem anderen die der "Nichtehe; durch das Urteil festzustellen ist.

Die Sondervorschriften der §§ 633 ff ZPO beziehen sich ihrem Wortlaut nach zwar nur auf das Nichtigkeitsverfahren, müssen aber auch für das Verfahren zur Feststellung einer Nichtehe entsprechend angewandt werden ¹⁷⁾.

17) Gerold Anm. 8 zu § 11 EheG 46.

§ 23

Die Trauung und die Bereitschaft des Standesbeamten

Alle wesentliche Erfordernisse der Eheschliessung im engeren Sinne sind bereits dargestellt worden. Es bleibt nur mehr, die Trauung (célébration du mariage) selbst zu schildern und die Frage zu beantworten, in welchem Augenblick der Trauhandlung die Ehe geschlossen ist. In diesem Zusammenhang müssen wir auch noch erörtern, ob der Standesbeamte zur Eheschliessung bereit sein muss, oder ob seine Anwesenheit als solche bereits genügt.

- I 1) Nach Art. 75 Abs. I C.c. (übereinstimmend) hat der Standesbeamte zu Beginn der Trauhandlung alle erforderlichen und vorgelegten Urkunden zu verlesen und auf diese Weise letztmals zu prüfen, ob alle Voraussetzungen einer Eheschliessung zwischen diesen Partnern erfüllt sind und ihr keine Hindernisse entgegenstehen.

Anschliessend soll der Standesbeamte eine Reihe gesetzlicher Vorschriften ¹⁾ verlesen, welche die gegenseitigen Verpflichtungen der Ehegatten regeln ²⁾ oder sich auf ihre sonstigen Rechte und Pflichten als Eheleute beziehen.

Schliesslich hat der Standesbeamte noch zu fragen, ob die zukünftigen Ehegatten einen Ehevertrag geschlossen haben und darüber, soweit dies bejaht wird, einen Vermerk in seinen Registern zu machen.

Alle hier genannten weiteren Formalien bei der Eheschliessung selbst sind unwesentlich. Ihre Nichtbeachtung berührt die Gültigkeit der Eheschliessung nicht.

1) Nach französischem Recht die Art. 212, 213 Abs. I und II 214 Abs. I und 215 C.c. fr.- Nach belgischem und luxemburgischem Recht die gesamten Vorschriften der Art. 212 ff bis 226.

2) So z.B. Art. 212 C.c.: "Die Ehegatten sind einander zu Treue, Hilfe und Beistand verpflichtet."

- 2) Der Standesbeamte hat dann die Willenserklärungen der Eheschliessenden entgegenzunehmen und unmittelbar darauf die Erschienenen im Namen des Rechtes als rechtmässig verbundene Eheleute zu erklären ³⁾. Anschliessend hat er sofort die Heiratsurkunde aufzunehmen, deren Inhalt im Gesetz (Art.76 C.c. übereinstimmend) genau vorge-schrieben ist.
- 3) Damit ist die Trauung beendet. Das Gesetz lässt jedoch nicht erkennen, in welchem der drei wesentlichen Ab-schnitte ihres Geschehens, nämlich der Abgabe der Willens-erklärungen, des Ausspruches des Standesbeamten und der Aufnahme der Heiratsurkunde, die Erschienenen als Eheleu-te anzusehen sind.

Wir haben jedoch bereits zu Beginn dieser Untersuchungen in Übereinstimmung mit dem überwiegenden Teil der Lehre Frankreichs und Belgiens, die Eheschliessung als einen besonderen und strengen Formalien unterliegenden Vertrag der Ehepartner charakterisiert. Demnach müsste die Ehe im Augenblick der Abgabe der Willenserklärungen durch die Eheschliessenden als wirksam geschlossen angesehen werden. Auf ein solches Ergebnis deutet auch der Wort-laut des Gesetzes, das den Ausspruch des Standesbeamten deklaratorisch formuliert (".. qu'ils sont unies par le mariage,.."). Nicht zuletzt aber entspräche ein solches Ergebnis auch vor allem dem kirchlichen Eheschliessungs-recht, mit dem das moderne Zivilrecht zwar in einzelnen und wichtigen Entscheidungen im Hinblick auf Ehevoraus-setzungen und Ehehindernisse, nicht jedoch dem System

3) Art.75 Abs. VI C.c.fr., Art.75 C.c.belge und Art.75 Abs. II C.c.lux.: "...il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage,..". - So wört-lich bereits das französische Revolutionsgesetz vom 20.9.1792 in Titel 4, Sektion 4 Art. 6.

nach gebrochen hat: Der Geistliche wohnt der Eheschliessung nur bei, "zelebriert" sie jedoch nicht, d.h. er begründet sie nicht durch seinen konstitutiven Ausspruch.

- 4) Dennoch hält sowohl die herrschende Ansicht in der Literatur ⁴⁾ als auch die Rechtsprechung ⁵⁾ den Ausspruch des Standesbeamten für konstitutiv: Er "zelebriert" die Eheschliessung, sie komme nur zustande, wenn er das Geschehen - konstitutiv - ausspreche, was wiederum nur möglich ist, wenn in diesem Augenblick noch alle Voraussetzungen gegeben sind. Stimmen also etwa die Eltern in der sicheren Annahme, ihre minderjährige Tochter werde mit "nein" antworten, der Eheschliessung zu, erklärt dann aber die Tochter, als zweite befragt, ihr Einverständnis und ziehen die Eltern dann vor dem Ausspruch des Standesbeamten ihre Zustimmung zurück, so muss der Standesbeamte die Trauung unterbrechen, und die Ehe ist nicht geschlossen, andernfalls vernichtbar, da die erforderliche Zustimmung der Eltern im Augenblick der Eheschliessung nicht vorlag.

Gegen die Richtigkeit dieser Ansicht könnten eine Reihe erheblicher Einwendungen aus dem reinen Gesetzeswortlaut, aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und seiner Systematik vorgebracht werden. Man darf hier aber nicht

4) Aubry-Rau-Esmein § 452 No.2, Colin-Capitant-de la Morandière No.185, Baudry-Lacantinerie et Houques-Pourcade No.1600, Jonsserand No.779, 780; Puzier-Herman No.37 zu Art.165 Demolombe Bd.III No.211 Ziff.3.- Bedenken gegen diese Ansicht äussern de Page No.631, Colin-Capitant-de la Morandière a.a.O. und vor allem Planiol-Ripert-Boulanger No.607 mit eingehenden geschichtlichen Darlegungen. Doch beugen sich auch diese Ansichten vor der seit Erlass des Code civil bestehenden gegenteiligen Ansicht.

5) Cass. vom 2. Dez. 1807 in Sir.1808.1.140. - Weitere Rechtsprechung zu dieser Frage ist uns nicht bekannt geworden.

übersehen, dass diese Ansicht seit Erlass des Code civil herrschend ist und dass die Gerichte dieser Ansicht folgen. Der konstitutive Ausspruch des Standesbeamten nach den Rechten des Code civil ist daher zumindest Gewohnheitsrecht geworden und nicht mehr zu bestreiten.

- 5) Für die Länder des Code civil ergibt sich daher auch nicht das Problem, ob der Standesbeamte zur Eheschliessung bereit sein muss, wie wir es in der Folge noch für das deutsche Recht kennenlernen werden; denn der zur Eheschliessung nicht bereite Standesbeamte unterlässt auch den konstitutiven Ausspruch und verhindert damit ohne weiteres jede Eheschliessung, die abzuschliessen er nicht bereit ist. Erfolgt dagegen der Ausspruch, so kann seine Bereitschaft nicht mehr bestritten werden⁶⁾; eine Mentalreservation des Standesbeamten in dieser Richtung ist auf jeden Fall unbeachtlich.
- 6) Die Aufnahme der Heiratsurkunde durch den Standesbeamten ist für die Eheschliessung selbst unwesentlich, so bedeutend diese Urkunde auch für den Beweis der Eheschliessung selbst sein mag (Art.194 ff C.c.).
Nach den Rechten des Code civil ist auch die Frage, ob die Ehe vollzogen worden ist, sowohl für ihre Existenz als auch für ihre Gültigkeit ohne Belang.

- II 1) Auch nach deutschem Recht muss sich der Standesbeamte vor der eigentlichen Trauung nochmals überzeugen, ob alle Voraussetzungen einer Eheschliessung gegeben sind und ihr keine gesetzlichen Hindernisse entgegenstehen. Anschliessend hat er die Willenserklärungen der Beteiligten entgegenzunehmen und dann ebenfalls im Namen des Rechts auszusprechen, dass die Erschienenen nunmehr

6) Art.76 Ziff.6 C.c.fr. schreibt dementsprechend auch heute vor, dass die Heiratsurkunde anzugeben hat, ob der Standesbeamte den Ausspruch "qu'ils sont unies par le mariage" getan hat.

rechtmässig verbundene Eheleute sind ⁷⁾.

Die ganze Handlung soll nach § 8 PStG in einem feierlichen Rahmen erfolgen, eine Vorschrift, deren Nichtbeachtung jedoch die Gültigkeit der Ehe nicht in Frage stellen kann.

- 2) Für die Gültigkeit der Eheschliessung ist nach deutschem Recht der Ausspruch des Standesbeamten, dass die Erschienenen nunmehr rechtmässig getraute Eheleute sind (§ 14 EheG 46), ohne Bedeutung. Zwar war dieser Ausspruch des Standesbeamten bei der Einführung der obligatorischen Zivilehe im gesamten Reichsgebiet als wesentliches und konstitutives Element bei der Eheschliessung ausgestaltet worden (§ 52 des Reichspersonenstandsgesetzes vom 6.2.1875) ⁸⁾. Bei der Schaffung des bürgerlichen Gesetzbuches wurde dieser Standpunkt - ganz zuletzt - wieder aufgegeben, um der obligatorischen Zivilehe eine Spitze gegen die katholische Kirche und die gesamte katholische Bevölkerung zu nehmen ⁹⁾. Weder das

7) Der französische Wortlaut des § 14 EheG 46 (KRG Nr.16) ist zu dieser Frage fast der gleiche, wie er sich in Art. 75 Abs. VI C.c.fr.findet.

8) Enneccerus-Kipp-Wolff vertreten die Ansicht, der konstitutive Ausspruch des Standesbeamten nach dem PStG von 1875 beruhe auf einer Rezeption des französischen Rechts. Das lässt sich jedoch aus den Gesetzesmaterialien nicht belegen:
Der 1.Entwurf (Sten.Ber.1873 Bd.III Nr.77 S.403 ff) und der Bericht der 8.Reichstagskommission (Sten.Ber. 1873 Bd.IV Nr. 142 S.682 ff) schlagen, ohne eine nähere Begründung, den konstitutiven Ausspruch des Standesbeamten vor.
Der 2.Entwurf und dessen Beratungen sehen von einem konstitutiven Ausspruch des Standesbeamten bewusst ab (Sten.Ber.1874 Bd.I S.578 ff, vor allem S.592 § 29).
Der 3.Entwurf schlägt dann in § 52 erneut den konstitutiven Ausspruch vor. Es sollte durch ihn betont werden, dass die Ehe von nun an nur mehr in der Form einer Zivilehe rechtsgültig geschlossen werden könne.
Die zahlreichen Bedenken, vor allem dass der Staat damit mehr für sich in Anspruch nehme als das kanonische Recht und dass der Bevölkerung ein solcher Ausspruch als Farce erscheinen müsse, wurden demgegenüber zurückgestellt (Sten.Ber. 1874/75 Bd.III S.1061 ff, vor allem die Seiten 1063, 1064 und 1245 ff).

EheG 38 noch das EheG 46 änderten dies. Der Wortlaut des Gesetzes lässt daran keinen Zweifel (§ 14 EheG 46, "Soll"-Vorschrift).

- 3) Durch diese Entscheidung des deutschen Rechtes wird nun jedoch die Frage von Bedeutung, ob der an der Eheschließung mitwirkende Standesbeamte zu ihrer Vornahme bereit sein muss oder nicht. Praktisch ist dies die Frage, ob eine Ehe dadurch zustande kommen kann, dass die Ehewilligen den Standesbeamten überraschen oder ihn gar zwingen, ihren beiderseitigen Willenserklärungen zuzuhören.

Im Gegensatz zu § 1317 Abs. I Satz 2 BGB¹⁰⁾ hat das Ehegesetz von 1938 die Notwendigkeit der Bereitschaft des Standesbeamten zur Eheschließung nicht mehr besonders erwähnt und ebenso, ihm folgend, das Ehegesetz von 1946. Doch ist nie angenommen worden, dass damit das Erfordernis der Bereitschaft des Standesbeamten entfallen sei. Vielmehr wies schon die amtliche Begründung zu § 17 EheG 38¹¹⁾ auf die damalige Vorschrift des § 15 Abs. I EheG 38 (heute gleichlautend § 11 Abs. I EheG 46) hin, wonach die Bezeichnung "vor einem Standesbeamten" bereits die Notwendigkeit der Bereitschaft des Standesbeamten ausdrücke. Der Ansicht muss uneingeschränkt zugestimmt werden. Der Standesbeamte wirkt als Kontrollorgan des

9) So der Bericht der Reichstagskommission, Mugdan Bd. IV S.1207/1208. - Siehe auch Enneccerus-Kipp-Wolff § 12 IV Ziff. 3 c. Diese Änderung gegenüber dem Personenstandsgesetz erfolgte erst ganz am Ende der Beratungen bei Schaffung des BGB. Siehe dazu auch Mugdan Bd. IV Seiten 23, 707 und 1141.

10) Die oben No. 9 angeführten Fundstellen in den Gesetzesmaterialien zum BGB lassen auch erkennen, wie wesentlich es den Verfassern des BGB war, an der unbedingt erforderlichen Bereitschaft des Standesbeamten keine Zweifel zu lassen. - Siehe insbesondere Mugdan Bd. IV S.1207 und 1208.

11) Bei Maßfeller, Komm.z. EheG 38. S.152,153.

Staates bei der Eheschliessung mit. Seine massgebliche Eigenschaft muss demnach auch in einer Tätigkeit zum Ausdruck kommen. Jede andere Entscheidung müsste am Wesen dieser gesetzlichen Einrichtung vorbeigehen.

- 4) Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine Eheschliessung, die vor einem nicht bereiten Standesbeamten erfolgte, eine "Nichtehe", da sie nicht vor einem Standesbeamten im Sinne des § 11 Abs. I EheG geschlossen wurde. Dies ist auch heute die herrschende Ansicht zu dieser Frage,¹²⁾ gegen die sich, soweit ersichtlich, nur v.Godin¹³⁾ wenden. Sie sind der Ansicht, dass die notwendige Bereitschaft des Standesbeamten zur Eheschliessung eine Formvorschrift und daher der Vorschrift des § 13 EheG zu entnehmen sei, deren Verletzung nicht zur "Nichtehe", sondern über § 17 EheG zur Vernichtbarkeit der Ehe führt. Leider haben v.Godin ihre Ansicht nicht näher begründet. Es ist jedoch anzunehmen, dass sie von dem Gedanken geleitet wurden, die Feststellung der mangelnden Bereitschaft des Standesbeamten bereite derartige Schwierigkeiten, dass die Annahme einer Nichtehe zu untragbaren praktischen Ergebnissen führe; denn es könnten sich tatsächlich Personen berühren, überhaupt nicht verheiratet zu sein, obwohl alle äusseren und erkennbaren Tatsachen auf eine gültige Eheschliessung hindeuten.

Dennoch kann dieser Interpretation nicht gefolgt werden. Das Gesetz hat in beiden Vorschriften (§§ 11 Abs. I und 13 Abs. I EheG 46) die Formulierung "vor einem Standesbeamten" gewählt, aus der sich die Notwendigkeit der Bereitschaft des Standesbeamten entnehmen lässt. Bei dieser gesetzlichen Unklarheit ist es aber notwendig und ge-

12) Gerold Anm. 5, Palandt Anm. 3, Hoffmann-Stephan Anm. 5A Siebert-Vogel Anm. 5, Achilles-Greif-Beitzke Anm. 1 je zu § 11 EheG 46; Volkmar Anm. 4 zu § 15 EheG 38.

13) v.Godin Anm. 6 zu § 11 EheG 46.

stattet, in erster Linie den Willen des Gesetzgebers zur Auslegung heranzuziehen ¹⁴⁾, der, wie schon erwähnt, deutlich die Ansicht vertrat, die notwendige Bereitschaft des Standesbeamten müsse der Vorschrift des § 11 EheG 46 entnommen werden. Daraus ergibt sich, dass auch ein Verstoss gegen dieses Erfordernis über diese Vorschrift zu berücksichtigen ist, was unzweifelhaft zur Annahme einer Nichtehe führt.

Der herrschenden Meinung zu dieser Frage ist daher zuzustimmen. Eine Eheschliessung, die vor einem zu ihr nicht bereiten Standesbeamten stattfand, ist einer Eheschliessung gleichzusetzen, bei der überhaupt kein Standesbeamter anwesend war: Sie ist eine Nichtehe.

- 5) Auch wenn der zur Eheschliessung nicht bereite Standesbeamte die Eheschliessung anschliessend ins Familienbuch eingetragen hat, etwa in dem irrigen Gedanken, sich einer bestehenden Rechtslage nicht weiter widersetzen zu können oder gar infolge der Überredung seitens der "Eheleute", bleibt die so geschlossene Ehe eine Nichtehe; denn die mangelnde Bereitschaft nimmt dem Standesbeamten nicht seine Eigenschaft als solchem (§ 11 Abs. II EheG 46) sondern seine Eigenschaft als notwendig bei der Ehe mitwirkende Person. § 11 Abs. II EheG 46, dessen Anwendbar-

14) Es ist dagegen unrichtig, die Ansicht der herrschenden Meinung gegenüber der Ansicht v. Godins auf das Wörtchen "nur" in § 11 Abs. I EheG zu gründen, so Palandt Anm. 3 und Gerold Anm. 5 je zu § 13 EheG; denn das Erfordernis der Bereitschaft des Standesbeamten lässt sich nur auf die Formulierung "vor einem Standesbeamten" gründen, die, wie erwähnt, sowohl in § 11 Abs. I also auch in § 13 Abs. I EheG verwandt wird. Das Wörtchen "nur" hat in diesem Zusammenhang keine Bedeutung, sondern bezieht sich allein auf die Klarlegung, dass alle unter § 11 Abs. I EheG zu subsumierenden Fälle als Nichtehen anzusehen sind. Erst wenn also die Subsumtion unter § 11 Abs. I EheG ausser Frage steht, wird das Wörtchen "nur" zur Klarlegung der Sanktion von Bedeutung.

keit für diesen Fall in Frage steht, setzt aber die Mit-wirkung einer Person bei der Eheschliessung voraus, wie sich aus der Formulierung des Gesetzes "öffentlich ausgeübt" ergibt ¹⁵⁾.

Geben die Verlobten vor einem nicht bereiten Standesbeamten ihre Ehwillenserklärungen ab, nimmt dann aber der Standesbeamte doch das Protokoll auf und legt es den Partnern zur Unterschrift vor, so ist die Ehe gültig.

Wenn nunmehr, bei der Abfassung des Protokolls, ist der Standesbeamte zur Eheschliessung bereit ¹⁶⁾. Die Verlobten aber erklären ihren Willen, die Ehe einzugehen, durch die Unterschrift nochmals; denn die Ehwillenserklärung kann auch durch eindeutiges Verhalten abgegeben werden; sie muss nicht notwendig mit Worten übermittelt werden.

Die erste Erklärung dieser Verlobten konnte aber nicht zur Ehe führen, da der Standesbeamte im Augenblick der Erklärung selbst zur Eheschliessung bereit sein muss.

- 6) Die Bereitschaft des Standesbeamten zur Eheschliessung muss äusserlich erkennbar gewesen sein; ein nur stillschweigender und nicht erkennbarer Vorbehalt des Standesbeamten, dass er zur Eheschliessung nicht bereit sei, hindert den gültigen Abschluss einer Ehe nicht ¹⁷⁾.

15) Hoffmann-Stephan Anm.5A zu § 11 EheG 46 und offenbar auch Maßfeller, Komm.zum EheG 38 in Anm. zu § 17 EheG 38.

Nicht übersehen werden darf allerdings, dass auf Grund dieser Eintragung ein Beweis des ersten Anscheins für die Bereitschaft des Standesbeamten spricht. Doch bleibt der Gegenbeweis rechtlich möglich.

16) Siehe unten Ziff.6): Der Standesbeamte gibt hier äusserlich deutlich erkennbar seine Bereitschaft zu verstehen. Eine Mentalreservation aber ist unbeachtlich.

17) RGZ Bd.166 S.343.

- 7) Ebenso wie nach den Rechten des Code civil ist die Eintragung der Eheschliessung in das Familienbuch - grundsätzlich: Ausnahme § 11 Abs. II EheG 46 - kein Gültigkeitserfordernis.

Letztlich ist auch nach deutschem Recht weder für die Existenz noch für die Gültigkeit einer Ehe deren Vollzug erforderlich.

- III 1) Abgesehen von weniger bedeutenden Einzelvorschriften finden sich in beiden Rechtssystemen bei der Trauung, also der Eheschliessung im engeren Sinne, die gleichen Elemente: Austausch der auf die Eheschliessung gerichteten Willenserklärungen der Partner, Ausspruch des Standesbeamten und Aufnahme einer Urkunde über den gesamten Vorgang (bezw. Registereintrag).
- 2) Dagegen zeigt sich ein wesentlicher Unterschied bei der Beantwortung der Frage, wann die Ehe nach den verschiedenen Rechtsordnungen endgültig geschlossen ist, da die Rechte des Code civil auf den Ausspruch des Standesbeamten abstellen, während nach deutschem Recht bereits die Erklärungen der Partner vor dem bereiten Standesbeamten die endgültige Wirkung herbeiführen.

Dieser Unterschied ist, einzig im Hinblick auf den Zeitpunkt des endgültigen Abschlusses der Ehe gesehen, unbedeutend. Er gewinnt jedoch Bedeutung im Hinblick auf den Charakter der Eheschliessung selbst, der zwar noch immer vornehmlich vertraglicher Natur bleibt, aber durch diesen staatshoheitlichen Akt doch etwas öffentlich-rechtlich beeinflusst wird. Auch ist die Stellung des Standesbeamten bei der Eheschliessung infolgedessen nach den Rechten des Code civil zentraler, als sie es nach deutschem Recht ist. Allerdings: Auch der deutsche Standesbeamte muss sich zur Eheschliessung bereit "erklären"; nur hat er nicht, wie nach den Rechten des Code civil, das letzte Wort.

§ 24

Ergebnis und Schlussbetrachtungen.

I 1) Von Verschiedenheiten geringerer Bedeutung abgesehen, konnten folgende Unterschiede zwischen dem Eheschliessungsrecht der Länder Frankreich, Belgien und Luxemburg und dem deutschen Eheschliessungsrecht festgestellt werden:

a) Das Ehefähigkeitsalter tritt nach den Rechten des Code civil früher ein als nach deutschem Recht.

b) Die Willensfähigkeit eines Minderjährigen ist nach französischem, belgischem und luxemburgischem Recht zur Eheschliessung gegeben, sobald das Ehefähigkeitsalter erreicht ist. Nach deutschem Recht dagegen besteht die beschränkte Willensfähigkeit fort, der Minderjährige bedarf der rechtsgeschäftlichen Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters zur Eheschliessung.

Einem Minderjährigen über 7 Jahre sind darüberhinaus nach deutschem Recht die wegen Geistesschwäche, Trunksucht und Verschwendungssucht Entmündigten gleichgestellt; sie bedürfen also ebenfalls der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters. Nach den Rechten des Code civil können Personen, die wegen Geistesschwäche oder Verschwendungssucht entmündigt sind, uneingeschränkt jederzeit eine Ehe eingehen.

c) Die Willensfähigkeit eines entmündigten Geisteskranken im lucidum intervallum ist nach französischer Lehre und Rechtsprechung für die Eheschliessung gegeben, nach deutschem Recht dagegen nicht.

d) Irrtum und arglistige Täuschung als Willensmängel bei der Eheschliessung werden nach den Rechten des Code civil nur ausserordentlich eingeschränkt, nach deutschem Recht dagegen weitgehend berücksichtigt.

e) Im Gegensatz zum deutschen Recht ist die uneigentliche Schwägerschaft (Geschlechtsgemeinschaft) nach den Rechten des Code civil kein Hindernis für eine Eheschliessung.

f) Durch die "quasi-Verwandtschaft" der Adoption werden nach den Rechten des Code civil weitgehende Ehehindernisse begründet, nach deutschem Recht dagegen nur solche im engsten Rahmen.

g) Nur das deutsche und das luxemburgische Recht kennen noch das Ehehindernis des Ehebruchs, Belgien dagegen nur mehr in Form einer Wartefrist und Frankreich überhaupt nicht mehr.

h) Nur den Rechten des Code civil ist das Ehehindernis des förmlichen Einspruchs bekannt.

i) Das deutsche Recht kennt keine wesentlichen Vorschriften über die Öffentlichkeit bei der Eheschliessung, die in den Rechten des Code civil eine bedeutende Rolle spielen.

k) Nach französischem, belgischem und luxemburgischen Recht erklärt der Standesbeamte durch konstitutiven Ausspruch die Ehe für geschlossen. Das deutsche Eheschließungsrecht kennt einen solchen konstitutiven Ausspruch nicht, doch muss der Standesbeamte zur Eheschliessung bereit sein.

l) Dem deutschen Recht ist die Nichtehe als der völlig fehlgeschlagenen Versuch einer Eheschliessung weitgehend bekannt, sie ist auch teilweise gesetzlich festgelegt. Nach den Rechten des Code civil ist die Nichtehe dagegen nur ein seltener Ausnahmetatbestand.

2) Von diesen zahlreichen wesentlichen Verschiedenheiten wurzeln jedoch nur zwei im System des Privatrechts dieser Länder:

a) Die volle Willensfähigkeit des Minderjährigen bei der Eheschliessung nach den Rechten des Code civil und

b) Die Willensfähigkeit des entmündigten Geisteskranken im lucidum intervallum nach französischem Recht.

Doch wird erstere praktisch ausgeglichen durch die umfassende Notwendigkeit der familiären Einwilligung in die

Eheschliessung nach den Rechten des Code civil, während letztere von so geringer praktischer Bedeutung ist, dass hier für die Eheschliessung eine, das übrige Privatrecht nicht störende, Sondervorschrift geschaffen werden könnte.

- 3) Aus dem Gedanken, eine möglichst grosse Einheitlichkeit auf diesem Rechtsgebiet zu erzielen, könnten durch eine Änderung der praktischen Rechtsanwendung folgende aufgezeigten Unterschiede beseitigt werden:

a) Irrtum und arglistige Täuschung; denn die gesetzliche Formulierung im Code civil würde hier eine der deutschen Regelung dieser Fragen angepasste Lösung gestatten.

b) Gegebenenfalls auch die nach herrschender französischer Rechtsansicht für den wegen Geisteskrankheit Entmündigten bestehende Möglichkeit, eine Ehe im lucidum intervallum einzugehen. Eine solche Änderung der Praxis müsste sich jedoch auf alle höchstpersönlichen Rechtsgeschäfte erstrecken; denn für die Eheschliessung kann in einem solchen Falle nicht anders entschieden werden, als etwa für die Errichtung eines Testamentes. Eine klare gesetzliche Bestimmung stünde einer solchen Gesetzesanwendung nicht im Wege, wenn sie auch vom Grundsätzlichen her, wie wir dargelegt haben, nicht zu begrüßen wäre.

Die Praxis allein wird also eine Vereinheitlichung des Eheschliessungsrechts der Länder Frankreich, Belgien und Luxemburg auf der einen und Deutschland auf der anderen Seite nicht erreichen können, selbst wenn sie sich eines Tages noch so sehr darum bemühen wird; denn es würden auch unter dieser Voraussetzung viele Unterschiede verbleiben (siehe oben Ziff. 1 a, b und c - 1), die auf eindeutigen und nicht zu umgehenden gesetzlichen Bestimmungen beruhen.

- 4) Ob jedoch die heute oder gegebenenfalls eines Tages verbleibenden Unterschiede so bedeutend sind, dass im Inter-

nationalen Privatrecht dieser Länder am Staatsangehörigkeitsprinzip festgehalten werden muss oder ob ihre Bedeutung nicht so gewichtig ist und es daher möglich sein wird, auf das Aufenthaltsprinzip überzugehen, soll dahingestellt bleiben. Es muss uns im Rahmen dieser Arbeit genügen, lediglich die Frage zu stellen.

II

Rückblickend auf unsere eingangs gestellte Frage, müssen wir feststellen, dass sich eine tatsächliche Vereinheitlichung des Eheschliessungsrechts der Länder Frankreich, Belgien, Luxemburg und Deutschland nur durch ein gemeinsam erarbeitetes, internationales Gesetz erreichen lassen wird. Denn wenn auch die aufgezeigten Unterschiede Einzelentscheidungen (Ausnahmen siehe oben Ziff. 2 a und b) der verschiedenen Gesetzgeber sind, die theoretisch ohne Schwierigkeiten auf dem Wege einer auf die Vereinheitlichung gerichteten nationalen Gesetzgebung beseitigt werden können, so bleibt doch zu bedenken: Die Verschiedenheiten im Eheschliessungsrecht sind einmal recht zahlreich, zum anderen aber grösstenteils nationalen historischen und kulturhistorischen Ursprungs, so dass eine, nur über nationale Gesetzänderungen gewonnene, Angleichung des Eheschliessungsrechts weder für die eine noch für die andere Seite eine wirklich befriedigende Lösung wäre.

L e b e n s l a u f .

Am 11. Dezember 1930 wurde ich als Sohn des Notars Dr. Michael Lutter und seiner Ehefrau Helene geb. Piening in München geboren. In Pirmasens und München besuchte ich in den Jahren 1937 bis 1941 die Volksschule, anschliessend neun Jahre das Humanistische Gymnasium in Pirmasens. An dieser Anstalt bestand ich im Juli 1950 das Abitur.

Meine ersten beiden rechtswissenschaftlichen Semester, das Wintersemester 1950/51 und das Sommersemester 1951, studierte ich in München. Die anschliessenden fünf Semester war ich in Freiburg, wo ich bald Gelegenheit hatte, an den Seminaren der Herren Professoren v. Hippel, Maunz, Horst Müller und Gustav Boehmer teilzunehmen.

Am 5.8.1954 bestand ich vor dem baden-württembergischen Justizprüfungsamt in Freiburg die erste juristische Staatsprüfung. Gleich danach nahm ich in Pirmasens eine Stellung bei einem Rechtsanwalt an und behielt diese auch zunächst als Nebentätigkeit bei, nachdem ich Ende Oktober 1954 meinen Vorbereitungsdienst als Gerichtsreferendar im Lande Rheinland-Pfalz angetreten hatte.

Bei der Anfertigung der vorliegenden Arbeiten stand mir von August bis Dezember 1955 die Bibliothek des Max-Planck-Institutes für Ausländisches und Internationales Privatrecht in Tübingen, jetzt Hamburg, in dankenswerter Weise zur Verfügung.

Seit Juli 1957 unterziehe ich mich der grossen juristischen Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt des Landes Rheinland-Pfalz.

